

**UiO • Det juridiske fakultet**

# Miljøfordrevnes beskyttelse etter utlendingsloven § 28 og § 38

Belyst gjennom vurderingen av flyktninger fra Somalia i 2011-2012

Kandidatnummer: 697

Leveringsfrist: 25.11.2013 kl. 12:00

Antall ord: 16 938



## Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING .....</b>	<b>1</b>
1.1	Introduksjon .....	1
1.2	Tørkesituasjonen i Somalia .....	3
1.3	Aktualitet, formål og problemstilling .....	4
1.4	Begrepsavklaring og avgrensning .....	5
1.5	Noen forutsetninger .....	6
1.5.1	Årsakssammenheng mellom klimaendringer, naturkatastrofer og flukt .....	6
1.5.2	Flukt – et sammensatt årsaksbilde.....	8
1.6	Rettskilder.....	8
1.7	Videre fremstilling.....	9
<b>2</b>	<b>DE LEGE LATA .....</b>	<b>10</b>
2.1	Anvendelse av EMK og FK i norsk utlendingsrett.....	10
2.2	Sammenhengen mellom utlendingsloven §§ 28 og 38 .....	13
2.3	Beskyttelse etter utlendingsloven § 28 jf. §§ 29 og 30.....	14
2.3.1	§ 28 (1) bokstav a) – den universelle flyktningdefinisjonen.....	14
2.3.2	§ 28 (1) bokstav b) – det utvidede flyktningbegrep .....	23
2.4	Beskyttelse etter utlendingsloven § 38 .....	42
2.4.1	Bestemmelsens grunnlag.....	42
2.4.2	Bestemmelsens innhold.....	42
2.4.3	Kan miljøfordrevne subsumeres under § 38?.....	45
<b>3</b>	<b>MILJØFORDREVNES BESKYTTELSE I ET RETTSSOSIOLOGISK OG RETTSPOLITISK PERSPEKTIV .....</b>	<b>48</b>
3.1	Innledning .....	48
3.2	Retts sosiologisk metode .....	49
3.3	Intervju med utlendingsforvaltningen .....	52

3.4	Nærmere om intervjuene .....	53
3.5	Intervjufunnene og drøftelse av disse opp mot rettsdogmatikken .....	54
3.5.1	Saksbehandlerne vurdering av utlendingsloven § 28 (1) a) og b) og dens betydning for miljøfordrevne .....	54
3.5.2	Utlendingsloven § 38 – opphold på humanitært grunnlag .....	57
3.5.3	Forvaltningens sektorinndeling .....	58
3.5.4	Saksbehandlerne de lege ferenda-betraktninger og samfunnets politiske organisering .....	60
3.6	Oppsummering og rettspolitiske tanker .....	61
<b>4</b>	<b>LITTERATURLISTE .....</b>	<b>63</b>

# 1 Innledning

## 1.1 Introduksjon

Ekstremvær rammer jorden oftere enn før. Regnvær, tørke, ras, orkaner og flom er mer omfattende, kraftigere og hyppigere enn tidligere. 357 naturkatastrofer var registrert i 2012, disse tok 9 655 menneskeliv og totalt ble 124,5 millioner mennesker rammet.<sup>1</sup> Resultatet er tidvis omfattende ødeleggelser av natur og miljø samt menneskers og dyrs livsvilkår. I enkelte tilfeller er følgene katastrofale både på kort og lang sikt. Virkningene kan bli så alvorlige at mennesker er tvunget til å forlate sine hjem. I skrivende stund opplever innbyggerne på Filippinene en desperat situasjon etter at tyfonen Haiyan, den sterkeste stormen som noensinne har truffet land, raste over øystaten 8. november.<sup>2</sup> FN anslår at mer enn 650 000 mennesker er drevet på flukt og at totalt 9,8 millioner mennesker er rammet av tyfonen.<sup>3</sup> 10 000 mennesker fryktes omkommet.

Observasjoner av mennesker på flukt relatert til naturkatastrofer og klimaendringer på verdensbasis tegner et dystert bilde. Mellom 2008 og 2012 har Flyktninghjelpen (NRC)<sup>4</sup> beregnet at 143,9 millioner mennesker ble fordrevet fra sine hjem som følge av naturkatastrofer.<sup>5</sup> Tallet inkluderer ikke gradvise naturkatastrofer som for eksempel tørke. Det er derfor grunn til å tro at antallet er høyere. Det er også antatt at flest fordrives internt i eget land, mens et mindretall flykter over landegrensen.<sup>6</sup>

I henhold til FNs menneskerettighetserklæring fra 1948 art. 14, har enhver rett til å søke asyl i en fremmed stat. Men en asylsøknad hjelper lite dersom staten utlendingen søker

---

<sup>1</sup> Guha-Sapir (2013) s. 1

<sup>2</sup> Aftenposten 2013

<sup>3</sup> UN News Center (2013) a)

<sup>4</sup> Norwegian Refugee Council

<sup>5</sup> NRC (2012) s. 11

<sup>6</sup> ibid s. 10

beskyttelse i, ikke har et regelverk som tar hensyn til personer som flykter fra naturkatastrofer og klimaendringer. Det kritiske spørsmålet som oppstår er: Hvilken mulighet har den som flykter til et annet land på grunn av en naturkatastrofe eller klimaendring til å bli akseptert som flyktning?

FNs klimapanel<sup>7</sup> (IPCC) ser hvilken virkning endringer i klimaet kan få for fordrivelse av mennesker:

“If disasters occur more frequently and/or with greater magnitude, some local areas will become increasingly marginal as places to live or in which to maintain livelihoods. In such cases, migration and displacement could become permanent and could introduce new pressures in areas of relocation. For locations such as atolls, in some cases it is possible that many residents will have to relocate”<sup>8</sup>.

I skrivende stund behandler den høyeste domstolen på New Zealand en anke over søknad om asyl på grunn av klimaendringer.<sup>9</sup> Asylsøkeren kommer fra øygruppen Kiribati i Stillehavet. Der truer stigende havnivå innbyggernes tilgang på ferskvann. Avlingene og bostedene ødelegges også. Asylsøkeren hevder han ikke har noen framtid på Kiribati. Dette er et eksempel på at klimaendringene kan tvinge mennesker til å forlate sine hjem.

Viktigheten av å ta hensyn til miljøfordrevne i internasjonal flyktningrett fremheves av FNs Høykommissær for flyktninger (UNHCR)<sup>10</sup>:

“ Although there is a growing awareness of perils of climate change, its likely impact on human displacement and mobility has received too little attention.”<sup>11</sup>

---

<sup>7</sup> Intergovernmental panel on climate change

<sup>8</sup> IPCC (2012) s. 16

<sup>9</sup> Reuters (2013)

<sup>10</sup> United Nations High Commissioner for Refugees

## 1.2 Tørkesituasjonen i Somalia

Regnværet som uteble i Somalia i 2011 til 2012 antas å ha ført til en av de verste humanitære katastrofene Afrikas Horn har opplevd på 60 år.<sup>12</sup> Tall fra UNHCR viser at flere hundre tusen somaliere var tvunget til å forlate sine hjem i 2011 som følge av tørken.<sup>13</sup> Tall fra juli måned viser at 65 000 somaliere var fordrevet fra sine hjem, 51 000 av disse var fordrevet alene på grunn av tørken. I mai 2013, etter tørkeperioden, rapporterte FN at 2,7 millioner somaliere fremdeles var avhengig av humanitær nødhjelp.<sup>14</sup> Tallet er høyt og viser hvor omfattende innvirkninger lange tørkeperioder kan ha på mennesker.

En større andel innbyggere i Somalia er bønder og nomadiske gjeterer, som livnærer seg ved å dyrke jord og holde husdyr.<sup>15</sup> Store deler av Somalia er dekket av tørt slettelandskap. Landet har et varmt klima, med uregelmessige regnfall og tørkeperioder.<sup>16</sup> Nomader er vant med naturlige svingninger i klima. For å opprettholde et livsgrunnlaget har forflytning vært en tradisjonell tilpasningsmåte.<sup>17</sup> Forflytningen har med andre ord hatt karakter av å være frivillig. Hvorvidt tørken har medført tvungen forflytning kan imidlertid være vanskelig å fastslå, siden ekstreme tørkeperioder oppstår gradvis. Likevel er det grunn til å anta at tørken i Somalia i 2011 til 2012 var så alvorlig at bønder og nomader ikke hadde et alternativ. Områdene de tradisjonelt forflyttet seg rundt i ga ikke lenger et livsgrunnlag og flukt ble eneste alternativ.<sup>18</sup>

FN antar at nær 260 000 døde som følge av hungersnøden tørken utløste. Det støtter antakelsen om at forflytningen i denne perioden var tvungen. IPCCs rapport fra 2013 viser at

---

<sup>11</sup> UNHCR (2009) s.1

<sup>12</sup> Reuters (2011)

<sup>13</sup> UNHCR (2013)

<sup>14</sup> UN News Senter (2013) b)

<sup>15</sup> Kolmannskog (2012) s. 12

<sup>16</sup> FN 2013

<sup>17</sup> Kolmannskog (2012) s. 16

<sup>18</sup> l.c

forskjellen mellom våte og tørre årstider på kloden vil øke i framtiden.<sup>19</sup> Sannsynligheten for flere ekstreme tørkeperioder er til stede. Det vil øke sjansene for at flere tvinges på flukt.

Tørken ødela somaliernes livsgrunnlag. I juli måned 2011 ble 51 000 somaliere internt fordrevet på grunn av tørken. Samme måned flyktet 320 somaliere over grensen. Av de som flyktet over grensen vet vi ikke hvor mange som flyktet utelukkende på grunn av tørken. Slike tall finnes ikke i dag.<sup>20</sup> Samtidig med den ekstreme tørken, skapte sikkerhetssituasjonen i Somalia ytterligere problemer. Blant disse problemer var opprørsbevegelsen al-Shabaab<sup>21</sup> som hindret humanitær bistand til de sultrammede.<sup>22</sup> For dem som ble hindret i å motta mat og drikke, var antakelig flukt over landegrensen eneste alternativ.

### **1.3 Aktualitet, formål og problemstilling**

På nasjonalt og internasjonalt nivå arbeides det med å finne løsninger på hvordan statene skal forholde seg til personer som drives på flukt som følge av klimaendringer og naturkatastrofer. Til FNs klimakonvensjon (UNFCCC)<sup>23</sup> av 1992 og etterfølgende Cancún Agreement fra 2011 ble medlemslandene enige om art.14 f):

“Measures to enhance understanding, coordination and cooperation with regard to climate change induced displacement, migration and planned relocation, where appropriate, at the national, regional and international levels.”<sup>24</sup>

---

<sup>19</sup> IPCC (2013) s. 16

<sup>20</sup> NRC 2013 s.10

<sup>21</sup> Al Shabaab er en ekstremistisk islamsk terrorgruppe dannet i Somalia i 1991. Gruppen har tidligere kontrollert hovedstaden i Somalia og en viktig havneby. Gruppen ble presset ut av militære styrker og kontrollerer i dag områder på landsbygda i Somalia jf. NRK (2013)

<sup>22</sup> UNHCR (2011)

<sup>23</sup> United Nations Framework Convention on Climate Change

<sup>24</sup> FCCC (2011) art. 14 f)

Dette er en anbefaling som ikke er folkerettslig bindende for norske myndigheter. Anbefalingen kalles derfor soft-law. Likevel er den et viktig bidrag til utviklingen av miljøfordrevnes beskyttelse i internasjonal rett.

På bakgrunn av blant annet FNs oppfordring, etablerte Utenriksdepartementet i oktober 2012 Nansen Initiativet sammen med regjeringen i Sveits.<sup>25</sup> Formålet er å finne fram til beskyttelsesbehovet til mennesker som flykter over landegrenser på grunn av naturkatastrofer og klimaendringer for deretter å ta hensyn til beskyttelsesbehovene i internasjonal rett. I 2013 til 2014 foretas det undersøkelser i områder der mennesker er hardest rammet av klimaendringer og naturkatastrofer. Et av områdene er Afrikas Horn. I det undersøkende arbeidet deltar internasjonale organisasjoner, NGOer<sup>26</sup>, sivilsamfunnet og tenke-tanker. Hensikten med arbeidet er et internasjonalt møte<sup>27</sup> i 2015, der stater skal diskutere en agenda for beskyttelsen av miljøfordrevne. Et langsiktig mål er å få på plass juridiske retningslinjer på nasjonalt og internasjonalt nivå for miljøfordrevne.

I lys av dette er oppgavens tema miljøfordrevnes rettsstilling der hovedproblemstillingen er *hvilken beskyttelse miljøfordrevne har etter utlendingsloven §§ 28 og 38*. I oppgavens ordlyd ligger forutsetningen at den miljøfordrevne har krysset sitt hjemlands grense og søker beskyttelse i en fremmed stat. Fokuset ligger på hvilken beskyttelse norsk utlendingsrett i et slikt tilfelle gir en miljøfordrevet i lys av våre internasjonale forpliktelser. Temaet belyses gjennom en alvorlig naturkatastrofe i Somalia i 2011 til 2012.

#### **1.4 Begrepsavklaring og avgrensning**

Begrepene ‘‘klimaflyktning’’ og ‘‘miljøflyktning’’ anvendes for å beskrive personer som er drevet på flukt på grunn av naturkatastrofer eller klimaendringer. Begrepene er ikke juri-

---

<sup>25</sup> Nansen Initiative (2003)

<sup>26</sup> Non Governmental Organizations

<sup>27</sup> Møtet er i en planleggingsfase. Nansen Initiativet har ikke konkretisert møtet nærmere



diske. Ordet ‘‘flyktning’’ er derimot et juridisk begrep med bakgrunn i internasjonal flyktningrett. Begrepet har klart definerte vilkår, der risikoen for forfølgelse står sentralt.

Et fjerde begrep som er brukt av teoretikere er ‘‘miljøfordrevne’’. Dette begrepet ser ut til å etablere seg. Miljøfordrevne kommer ikke i konflikt med det allerede definerte flyktningbegrepet.<sup>28</sup> Oppgaven anvender derfor miljøfordrevne som et deskriptivt begrep om personer som er tvunget på flukt på grunn av naturkatastrofer eller klimaendringer.

Oppgaven avgrenser mot internt fordrevne personer, (IDPs)<sup>29</sup>. IDPs er personer eller grupper av personer, som er tvunget til å forlate sitt hjemsted og som ikke har krysset en internasjonal anerkjent grense.

Oppgaven avgrenser også mot kollektiv beskyttelse i en massefluktsituasjon jf. utlendingsloven § 34 og absolutt vern mot utsendelse jf. § 73. Dette er fordi jeg har ønsket å se på hvordan saksbehandlerne i utlendingsmyndigheten anvender utlendingsloven i møte med miljøfordrevne i et rettssosiologisk perspektiv, samt noen tanker om hvordan beskyttelse av miljøfordrevne eventuelt kan bedres.

## **1.5 Noen forutsetninger**

### **1.5.1 Årsakssammenheng mellom klimaendringer, naturkatastrofer og flukt**

Oppgaven forutsetter at en miljøfordrevet flykter på grunn av naturkatastrofer eller klimaendringer. Storm, flom, flodbølger, jordskjelv og vulkanutbrudd er eksempler på akutte naturkatastrofer. Slike katastrofer oppstår plutselig og konsekvensene blir i mange tilfeller at mennesker må forlate sine hjem for en kortere periode eller permanent. Også sakteutviklende naturkatastrofer som tørke og stigende havnivå kan fordrive mennesker fra sine hjem.

---

<sup>28</sup> Wahlström (2011) s.4

<sup>29</sup> Internally displaced persons

Klimaendringer i seg selv fordriver ikke mennesker, men effektene av klimaendringene kan gjøre det.<sup>30</sup> De ulike effektene av klimaendringer inkluderer:

1. Akutte naturkatastrofer, for eksempel flom eller storm
2. Gradvise naturkatastrofer, for eksempel stigende havnivå eller tørke og ørkenspredning
3. Lavtliggende øystater kan bli ubeboelige
4. Statlige myndigheter kan angi områder som ubeboelige, enten på grunn av miljømessige farer eller på grunn av tilpasning eller forhindring av klimagassutslipp (for eksempel skogplanting)
5. Uro, vold og væpnet konflikt som følge mangel på essensielle naturressurser som vann og beitemark.<sup>31</sup>

Effektene kan oppstå på grunn av klimaendringer. Effektene kan også oppstå på grunn av naturlige svingninger i klimaet. Det er fortsatt vanskelig, hvis ikke umulig, å etablere et direkte årsaksforhold mellom klimaendringer og en konkret katastrofe som fører mennesker på flukt.<sup>32</sup> Vi kan for eksempel ikke med sikkerhet si at klimaendringer utløste tørkekatastrofen Somalia i 2011 til 2012.

I det følgende er begrepet naturkatastrofer benyttet. Begrepet omfatter klimarelaterte naturkatastrofer og andre naturkatastrofer. Teori på området er relativt samstemt i at det ikke er nødvendig å skille mellom flukt på grunn av til klimarelaterte katastrofer og flukt relatert til andre naturkatastrofer slik som jordskjelv eller vulkanutbrudd.<sup>33</sup> Bakgrunnen er at behovet for beskyttelse anses å være like stort i begge tilfellene.<sup>34</sup>

---

<sup>30</sup> Kälén og Schrepfer 2012 s. 6

<sup>31</sup> ibid s. 13-16

<sup>32</sup> ibid s. 6

<sup>33</sup> Kolmannskog (2012) s. 1072

<sup>34</sup> Wahlström 2011 s. 18

### 1.5.2 Flukt – et sammensatt årsaksbilde

Årsakene til flukt er flere og sammensatte. Årsakene til at en miljøfordrevet tvinges til å forlate sitt hjem står ofte i sammenheng med hvor godt samfunnet og vedkommende selv klarer å tilpasse seg en naturkatastrofe.<sup>35</sup> For det første kan graden av en stats krisehåndtering eller dens programmer for en bærekraftig utvikling være medvirkende årsak til flukt.<sup>36</sup> For det annet kan størrelsen på familien, muligheten for produktivitet i tilfluktslandet, sosialt nettverk og utdanningsmuligheten i tilfluktslandet være medvirkende årsaker til flukt.<sup>37</sup> For det tredje søker denne oppgaven å vise at mennesker kan flykte både på grunn av en konflikt og en naturkatastrofe på sitt hjemsted.

## 1.6 Rettskilder

De sentrale rettskildene for oppgavens problemstilling er lov av 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) og tilhørende utlendingsforskrift. FN-konvensjonen om flyktningers rettsstilling av 28. juli 1951 med Tilleggsprotokoll av 31. januar 1967 (FK) og Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen av 4. november 1950 (EMK) er også sentrale rettskilder.

Relevante forarbeider er Utlendingslovsutvalgets utredning og utkast til ny lov i NOU 2004:20, Arbeids- og inkluderingsdepartementets forslag og kommentarer til ny lov i Ot.prp. nr. 75 (2006-2009) og Kommunal- og forvaltningskomiteens innstilling til Odelstinget i Innst. O. nr. 42. Forarbeidene er heretter omtalt som NOU 2004:20, Ot.prp.nr. 75 (2006-2007) og Innst. O. nr. 42.

Jeg har ikke funnet praksis fra norske domstoler om personer som flykter på grunn av naturkatastrofer. I UNEs forvaltningspraksis har jeg funnet en avgjørelse som belyser asyl og

---

<sup>35</sup> Mc.Adam 2012 s. 21

<sup>36</sup> l.c

<sup>37</sup> l.c

tørkesituasjonen i Somalia. Avgjørelsen er behandlet i tilknytning til utlendingsloven § 38. Det foreligger praksis av relevans fra Den Europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) i Strasbourg. Avgjørelser av vekt for oppgavens problemstilling behandles nærmere. Det finnes ingen internasjonal domstol som kan avgjøre om Norge har brutt bestemmelser etter FK. Derfor er tolkningsanbefalingene fra UNHCRs "Håndbok om Prosedyrer og Kriterier for å fastsette Flyktningers Rettsstilling" en viktig rettskildefaktor.<sup>38</sup>

## **1.7 Videre fremstilling**

Formålet med oppgaven er å finne ut av hvilke beskyttelse miljøfordrevne har i norsk utlendingsrett, samt å foreta noen rettspolitiske tanker om hvordan beskyttelsen eventuelt kan bedres.

På bakgrunn av dette vil oppgavens del to redegjøre for miljøfordrevnes beskyttelse etter utlendingsloven §§ 28 og 38. Del to er rettsdogmatisk. Oppgavens del tre er rettssosiologisk og inkluderer undersøker fra den faktiske praktiseringen i utlendingsforvaltningen, og identifiserer om det er forskjeller mellom konklusjonene som fremgår i del to og denne praktiseringen, samt eventuelle utenomrettslige faktorer som kan spille inn på denne praksisen. Undersøkelsen fokuserer på flyktninger fra Somalia. Oppgavens siste del oppsummerer funnene og oppstiller noen tanker for hvordan beskyttelse av miljøfordrevne kan styrkes. For å gjøre slike tanker kan rettssosiologien være et godt verktøy.

---

<sup>38</sup> Høyesterett påpeker at Håndboken "generelt sett bør tillegges atskillig vekt" jf. Rt. 2010.858 avsnitt 44 og Rt. 2012.139 avsnitt 50

## 2 De lege lata

### 2.1 Anvendelse av EMK og FK i norsk utlendingsrett

Et av hovedformålene med utlendingsloven er å gi vern for utlendinger som har krav på beskyttelse etter internasjonale regler som Norge er bundet av jf. utlendingsloven § 1 (3). Med formuleringen ‘‘utlendinger som har krav på beskyttelse’’ siktes det her til personer som kan omfattes av flyktningdefinisjon i FK.<sup>39</sup> Formålet med formuleringen er å tydeliggjøre at Norge skal ivareta sine internasjonale forpliktelser.<sup>40</sup> At flyktnings vern mot utsendelse er inntatt allerede i utlendingslovens formålsparagraf, indikerer at asyl- og flyktningretten er en viktig del av norsk utlendingsrett. Ordlyden peker også på at rettsområdet står i et nært samspill med internasjonal rett. Dette reiser problemstillingen: Hvilken internasjonal rett kan være relevant for en miljøfordrevet og hvordan skal slik rett anvendes i norsk rett?

Utgangspunktet etter norsk rett er det dualistiske prinsipp. Det innebærer at norsk og internasjonal rett er to separate rettssystem.<sup>41</sup> Utlendingsloven § 3 har imidlertid en generell inkorperasjonsbestemmelse som innebærer at internasjonale regler får direkte virkning i norsk rett. Bestemmelsen inkorporerer<sup>42</sup> FK og EMK i sin helhet. I henhold til § 3 skal utlendingsloven anvendes:

‘‘ i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke individets stilling.’’

I henhold til ordlyden må vi i asylsaker alltid se hen til internasjonal rett når vi skal løse konkrete saker. Bestemmelsen sier likevel ikke noe om hva som blir løsningen dersom det

---

<sup>39</sup> Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 401

<sup>40</sup> *ibid.*

<sup>41</sup> Øyen 2013 s. 32

<sup>42</sup> Det å vise til konvensjoner i norsk lovtekst kalles inkorporasjon jf. NOU 2004:20 s. 73

oppstår konflikt mellom en bestemmelse i utlendingsloven og bestemmelse i internasjonal rett. Løsningen fremgår av forarbeidene.<sup>43</sup> Ved motstrid mellom den norske og internasjonale bestemmelsen, skal den internasjonale bestemmelsen gå foran. I henhold til ordlyden er det imidlertid bare så lenge bestemmelsen vil "styrke" asylsøkerens posisjon.<sup>44</sup> Bestemmelsen i utlendingsloven skal ikke settes til side dersom den gir asylsøkeren sterkere vern enn konvensjonsbestemmelsen.<sup>45</sup> Vi må derfor vurdere hvilken bestemmelse som gir asylsøkeren best vern, og så la denne gå foran ved motstrid.

EMK er inkorporert i norsk rett ved lov av 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett, jf. § 2. Ved motstrid mellom EMK og norsk lov, herunder utlendingsloven skal EMK gå foran jf. § 3 EMK inneholder ingen alminnelig rett til adgang og opphold i fremmede stater. Bestemmelser i EMK er imidlertid blitt tolket på en slik måte at de gir utlendinger vern mot utsendelse.<sup>46</sup> Relevant for oppgavens del er EMK art. 3 som verner mot tortur eller umenneskelig eller nedverdiggende behandling ved utsendelse til hjemlandet.

Høyesterett har gitt anvisning på hvilken metode vi skal bruke ved anvendelsen av EMK i utlendingsloven. Dom inntatt i Rt. 2002.557 gir god anvisning for metoden. Høyesteretts flertall presiserer at i tilfeller hvor det er tvil om hvordan en inkorporert menneskerettskonvensjon skal forstås, må norske domstoler foreta en selvstendig tolkning av konvensjonen. Ved denne tolkningen skal norske domstoler benytte samme metode som EMD.<sup>47</sup> Norske domstoler skal imidlertid ikke utvikle konvensjonen. Det er EMDs oppgave alene å utvikle

---

<sup>43</sup> NOU 2004:20 s. 373 og Ot.prp. (2006-2007) s. 401

<sup>44</sup> Det kalles sektormonisme når bare visse bestemmelser skal inkorporeres i norsk rett jf. NOU 2004:20 s.73

<sup>45</sup> Vevstad (2010) s. 42

<sup>46</sup> jf. D. v. the United Kingdom

<sup>47</sup> Metoden for tolkningen av internasjonale traktater fremgår av Wienkonvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969. Utgangspunktet er den alminnelige forståelsen av konvensjonens ordlyd, lest i sammenheng med kontekst og formål jf. art.31

beskyttelsen etter bestemmelsene i EMK og gi dem anvendelse på nye områder<sup>48</sup>. Høyesteretts mindretall er enig i dette og presiserer hva utvikling av konvensjonen innebærer:

“Domstolen har i flere avgjørelser fremholdt at konvensjonsbeskyttelsen må være effektiv, og at konvensjonstolkningen må tilpasses samfunnsutviklingen, og de aktuelle behov for konvensjonsbeskyttelse.”<sup>49</sup>

Et eksempel på slik dynamisk tolkning av EMD finner vi for eksempel i EMDs dom, *D. v. The United Kingdom*, fra 1997. Domstolen utvider EMK art. 3 sitt anvendelsesområde på grunn av klagerens behov for beskyttelse. Utvidelsen endrer domstolens tidligere praksis.:

“It is true that this principle has so far been applied by the Court in contexts in which the risk to the individual of being subjected to any of the proscribed forms of treatment emanates from intentionally inflicted acts of the public authorities in the receiving country or from those of non-State bodies in that country when the authorities there are unable to afford him appropriate protection... Aside from these situations and given the fundamental importance of Article 3 in the Convention system, the Court must reserve to itself *sufficient flexibility to address the application of that Article in other contexts which might arise*.”<sup>50</sup> (Min utheving).

EMD begrunner sin dynamiske tolkning med:

“To limit the application of Article 3 in this manner would be to undermine the absolute character of its protection. In any such context, however, the Court must

---

<sup>48</sup> Dommens side 565

<sup>49</sup> Dommens side 574

<sup>50</sup> Dommens avsnitt 49

subject all the circumstances surrounding the case to a rigorous scrutiny, especially the applicant's personal situation in the expelling State.”<sup>51</sup>

Dette er i tråd med hva EMD generelt har uttalt om at konvensjonen:

“...is a living instrument which,...must be interpreted in the light of present-day conditions.”<sup>52</sup>

Videre skal også FK tolkes dynamisk og et eksempel på dette er dom inntatt i Rt.2012.494. Saken gjaldt gyldigheten av Utlendingsnemda sitt vedtak om hvorvidt utlendingens homofili kunne begrunne et vern mot utsendelse til Irak. Høyesterett kom fram til at dersom utlendingen i frykt for forfølgelse må holde sin homoseksualitet skjult i Irak, kan det begrunne et vern mot utsendelse. For å underbygge dette resultat så Høyesterett hen til tilsvarende sak behandlet i britisk høyesterett og europeisk praksis etter den britiske dommen. Høyesterett konkluderer med at praksis taler for beskyttelse i et slikt tilfelle, men at rettsområdet er under utvikling. Dette er et godt eksempel på FK må leses i takt med tiden. Av dette kan vi trekke den slutning at flyktningdefinisjonen ikke nødvendigvis vil ha det samme innhold som konvensjonspartene hadde for øyet da FK ble opprettet i 1951.

## **2.2 Sammenhengen mellom utlendingsloven §§ 28 og 38**

Utlendingens beskyttelse i Norge er regulert i utlendingsloven § 28 sammenholdt med §§ 29 og 30 samt utlendingsloven § 38. Utlendingen må søke beskyttelse etter § 28. Utlendingsloven § 38 er ikke et eget søknadsgrunnlag. Dersom søknaden innvilges, er utgangspunktet etter begge bestemmelsene midlertidig oppholdstillatelse i Norge for inntil tre år jf. utlendingsloven § 60.

---

<sup>51</sup> Dommens avsnitt 49

<sup>52</sup> Tyrer v. The United Kingdom, avsnitt 31



Når en utlending søker beskyttelse i Norge, må utlendingsmyndigheten først vurdere om vedkommende kan anerkjennes som flyktning etter § 28 (1) a) jf. §§ 29 og 30, dernest etter § 28 (1) b). Dersom vilkårene i § 28 (1) a) eller b) er oppfylt skal søkeren anerkjennes som flyktning og har et rettskrav på opphold i Norge jf. § 28 (2). Dersom søkeren ikke oppfyller vilkårene etter § 28, plikter utlendingsmyndigheten å vurdere om utlendingen kan få opphold etter § 38. En søker som oppfyller vilkårene etter § 38, har imidlertid ikke et rettskrav på opphold. Hvorvidt oppholdstillatelsen innvilges beror på forvaltningens skjønn. I denne skjønnsmessige vurderingen kan blant annet innvandringsregulerende hensyn vektlegges.

## **2.3 Beskyttelse etter utlendingsloven § 28 jf. §§ 29 og 30**

### **2.3.1 § 28 (1) bokstav a) – den universelle flyktningdefinisjonen**

#### **2.3.1.1 Bestemmelsens grunnlag**

Utlendingsloven § 28 (1) b) har sitt grunnlag i FK art. 1 A (2). FK ble undertegnet 22. april 1951 og konvensjonens tidsmessige og geografiske begrensning ble opphevet ved Protokoll om flyktningers rettsstilling av 1967. FK ble utformet med annen verdenskrig friskt i minne og de enorme flyktningproblemene som krigen forårsaket. Det var et stort behov for en generell og internasjonal konvensjon som kunne definere flyktningers rettsstilling.<sup>53</sup> Tidligere konvensjoner regulerte bare enkelte grupper og ga begrenset vern.<sup>54</sup> FK kan i dag påberopes av flyktninger verden over. Verdensbildet er på mange måter endret siden FK ble opprettet i 1951. For å følge endringene i verdenssamfunnet foretar Høyesterett som beskrevet ovenfor en dynamisk tolkning av bestemmelsene i FK.

---

<sup>53</sup> Øyen (2013) s.178

<sup>54</sup> l.c

### 2.3.1.2 Bestemmelsens innhold

Utlendingsloven § 28 (1) bokstav a) gjengir <sup>55</sup> FK art.1 A (2) og protokollen av 1967. Den norske bestemmelsen må derfor forstås på samme måte som flyktningkonvensjonen.

Utlendingsloven § 28 (1) a) har følgende ordlyd:

”En utlending som er i riket eller på norsk grense, skal etter søknad anerkjennes som flyktning dersom utlendingen... har en velbegrunnet frykt for forfølgelse på grunn av rase, religion, nasjonalitet, medlemskap i spesiell sosial gruppe eller på grunn av politisk oppfatning, og er ute av stand til, eller på grunn av slik frykt er uvillig til å påberope seg sitt hjemlands beskyttelse...”

Det er vanlig å oppstille fem vilkår som populært kalles asylkriteriene. Søkeren får flyktningstatus bare dersom alle vilkårene er oppfylt.

1. Være i Norge eller på norsk grense
2. Ha en velbegrunnet frykt
3. Frykten må være relatert til forfølgelse
4. Forfølgelsen må være på grunn av rase, religion, nasjonalitet, medlemskap i spesiell sosial gruppe eller på grunn av politisk oppfatning. Disse grunnene omtales gjerne som konvensjonsgrunner.
5. Manglende beskyttelse i hjemlandet

Utlendingen må være i Norge eller ved norsk grense. Det peker på to forhold. For det første kan en utlending ikke søke om asyl fra utlandet. Lovgiver mente at dersom utlendingen kunne søke asyl fra utlandet ville dette kunne medføre en stor økning i antall søknader, også fra personer som ikke har behov for beskyttelse i Norge.<sup>56</sup> For det annet utelukker vilkåret IDPs.

---

<sup>55</sup> Gjengivelse av internasjonal traktatbestemmelse i lovtekst kalles transformasjon jf. NOU 2004:20 s. 73

Samtidig må utlendingen ikke motta beskyttelse i hjemlandet sitt, da er det ikke behov for beskyttelse i utlandet.<sup>57</sup> Beskyttelse i hjemlandet er således det primære grunnlaget, mens et vern i andre land er sekundært og fungerer som et sikkerhetsnett dersom den primære beskyttelsen faller bort.

Videre må utlendingen inneha en velbegrunnet frykt for forfølgelse. Vilkåret ‘‘velbegrunnet frykt’’ er ikke nærmere definert i utlendingsloven eller FK. I henhold til UNHCRs Håndbok skal vilkåret forstås slik:

‘‘Uttrykket 'på grunn av velbegrunnet frykt for forfølgelse' – av de grunner som er angitt i Konvensjonen – indikerer et bestemt motiv som automatisk gjør alle andre motiver for å flykte irrelevant i forhold til definisjonen. Det utelukker personer som er offer for hungersnød eller naturkatastrofer, med mindre de *også* har en velbegrunnet frykt for forfølgelse med bakgrunn i en av de nevnte grunner. Slike andre motiver er imidlertid ikke helt irrelevant i prosessen med å fastsette flyktningstatus, *siden det er nødvendig å ta alle omstendigheter med i betraktningen for å få en full forståelse av søkerens sak.*’’<sup>58</sup> (Min utheving)

Av dette forstår vi at det er et nødvendig krav at utlendingens flukt er motivert av frykten for forfølgelse. Samtidig forstår vi at også andre motiv som bærer preg av tvang og negative innvirkninger på individet er tilleggsmomenter når vi skal vurdere flyktningstatus. Motiv som vil være helt irrelevant er for eksempel ønske om å oppnå høyere arbeidsinntekt eller bedre utdanningsmulighetene i destinasjonslandet.<sup>59</sup> Spørsmålet blir så hvordan vilkåret ‘‘forfølgelse’’ skal forstås.

---

<sup>56</sup> Ot.prp.nr.75 s. 130

<sup>57</sup> UNHCRs Håndbok punkt 100

<sup>58</sup> UNHCRs Håndbok punkt 39

<sup>59</sup> Kriteriet velbegrunnet frykt for forfølgelse er ikke behandlet nærmere i oppgaven grunnet begrenset relevans for problemstillingen

Etter § 28 (1) a) jf. FK art. 1 A (2) er det ikke nok at utlendingen er utsatt for en generell forfølgelse. Det fremgår av ordlyden at forfølgelsen må stå i sammenheng med utlendingens ‘rase, religion, nasjonalitet, medlemskap i spesiell sosial gruppe eller politisk oppfatning’. At ordlyden oppstiller en slik avgrensning mot spesielle grupper taler for at forfølgelse innebærer målrettede handlinger eller diskriminerende holdninger.<sup>60</sup>

FK har ingen definisjon av forfølgelse. I henhold til UNHCR Håndboken er trussel mot liv eller frihet på grunn av rase, religion, nasjonalitet, politisk oppfatning eller medlemskap i spesiell sosial gruppe alltid forfølgelse. Det er også forfølgelse dersom vi står overfor alvorlige krenkelser av menneskerettigheter på grunn av en konvensjonsgrunn.<sup>61</sup> Juridisk teori oppstiller to forklaringer på hvorfor FK ikke har en definisjon av det sentrale vilkåret forfølgelse. En forklaring er at konvensjonspartene fant det nærmest umulig å angi alle former for forfølgelse i en definisjon.<sup>62</sup> En annen forklaring er at konvensjonspartene ønsket et åpent og romslig begrep som kunne passe for fremtidens overgrepssituasjoner.<sup>63</sup>

Utlendingsloven § 29 (1) a) definerer forfølgelse som alvorlige brudd på grunnleggende menneskerettigheter. Etter bestemmelsen er det forfølgelse dersom vi står overfor handlinger som enkeltvis eller på grunn av gjentakelse utgjør alvorlig krenkelse av de ufravikelige rettighetene i EMK art. 15 nr. 2. Dette er rettigheter som konvensjonspartene under enhver omstendighet ikke kan fravike. De ufravikelige rettighetene er: retten til liv etter art. 2, unntatt død som følge av lovlige krigshandlinger; retten til ikke å bli utsatt for tortur eller umenneskelig eller nedverdiggende behandling i art. 3; retten til ikke å bli utsatt for slaveri i art. 4 og retten til ikke å bli straffet uten dom i art. 7. Krenkelse av retten til liv er for ek-

---

<sup>60</sup> Einarsen (2012) s. 178

<sup>61</sup> UNHCRs Håndbok punkt. 51

<sup>62</sup> Øyen (2013) s. 218

<sup>63</sup> l.c

sempel drap, dødsstraff og æresdrap.<sup>64</sup> Alvorlige voldshandlinger er for eksempel tortur og mishandling.<sup>65</sup> Dette er eksempler på forfølgelse.

I henhold til § 29 (1) b) kan det også kvalifisere til forfølgelse dersom handlingene utgjør flere forskjellige tiltak, herunder krenkelser av menneskerettighetene, som til sammen er så alvorlig at de berører et menneske på en måte som kan sammenlignes med situasjonen beskrevet ovenfor jf. 29 (1) a). Bestemmelsen åpner for å kumulere ulike hendelser slik at de til sammen utgjør forfølgelse.

Vi ser at det er handlinger som etter sitt alvor og omfang utgjør forfølgelse. Vi ser også at det er menneskerettighetene som setter standarden for hva som er forfølgelse. Siden innholdet i menneskerettighetene skal tolkes dynamisk<sup>66</sup>, vil også innholdet i forfølgelsesbegrepet kunne endres over tid. Dette var også stortingsflertallets hensikt. Det fremgår av forarbeidene at utviklingen på menneskerettighetsområdet er av betydning for forståelsen av vilkåret forfølgelse.<sup>67</sup> Videre fremgår det at vi på denne måten sikrer et dynamisk menneskerettighetsperspektiv i vurderingen av flyktningstatus.<sup>68</sup>

Videre oppstiller § 29 (2) eksempler på hva forfølgelse blant annet kan være. Forfølgelse kan være fysisk eller psykisk vold. Det kan også være diskriminerende lovgivning eller tiltak i landets administrasjon eller politi. Forfølgeren kan være staten, organisasjoner tilknyttet staten, eller ikke-statlige aktører som staten ikke klarer å kontrollere jf. § 29 (3). Et eksempel på ikke-statlige aktører er ekstremistgrupper eller sivilbefolkningen.

---

<sup>64</sup> Øyen (2013) s. 223

<sup>65</sup> l.c

<sup>66</sup> jf. avsnitt 1.4.2.2

<sup>67</sup> Innst.O.nr.42 s. 19

<sup>68</sup> l.c

Utlendingsloven § 30 gir en nærmere beskrivelse av hva rase, religion, nasjonalitet, sosial gruppe og politisk oppfatning kan omfatte. Rase skal for eksempel særlig omfatte søkerens hudfarge, avstamning og tilhørighet til en bestemt etnisk gruppe. De ulike elementene er ikke ment å være uttømmende.<sup>69</sup> Det er ikke et krav at utlendingen rent faktisk omfattes av en av konvensjonsgrunnene. Det avgjørende er at forfølgeren tror at vedkommende har en av disse tilhørighetene som konvensjonen er ment å beskytte jf. § 30 (2). For eksempel vil det være tilstrekkelig at den som utøver forfølgelsen tror at personen har en bestemt politisk oppfatning og derfor truer vedkommende på livet.

Ved anvendelse av § 28 (1) a) på utlendinger som søker asyl i Norge er formålet relevant. Det fremgår av FKs forarbeider at flyktningdefinisjonen skal favne vidt og dekke alle flyktninger som har et reelt behov for beskyttelse i en fremmed stat.<sup>70</sup>

#### 2.3.1.3 Kan miljøfordrevne subsumeres under § 28 (1) bokstav a)?

Noen få stater og flere ikke-statlige interesseorganisasjoner argumenterer for at flyktningdefinisjonen bør omfatte miljøfordrevne. Det argumenteres med at flyktningbegrepet må ta høyde for den flyktnings situasjonen som finnes i verden i dag.<sup>71</sup> FN opprettet FK i kjølvannet av annen verdenskrig i 1951. At vi i dagens samfunn står overfor situasjoner der mennesker tvinges til å forlate sine hjem på grunn av naturkatastrofer, er antakelig ikke en situasjon konvensjonspartene så for seg i 1951. Selv om verdensbildet er endret, er det sterke stemmer mot at flyktningdefinisjonen bør endres til å omfatte miljøfordrevne. UNHCR hevder at FK må reforhandles dersom flyktningdefinisjonen skal utvides til eksplisitt å omfatte miljøfordrevne. I dagens politiske klima kan reforhandling svekke rettighetene som flyktninger allerede har.<sup>72</sup>

---

<sup>69</sup> Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s. 416

<sup>70</sup> Einarsen (2010) s. 175

<sup>71</sup> Kolmannskog (2012) s. 1075

<sup>72</sup> UNHCR (2009) s. 9

Det er ordlyden i § 28 (1) a) jf. FK art. 1 A (2) som gjør at UNHCR mener at konvensjonen må reforhandles dersom den skal gjelde direkte for miljøfordrevne. Det er særlig vilkåret om forfølgelse som skaper problemer. Forfølgelsen innebærer målrettede handlinger eller diskriminerende holdninger. Det taler for at personer eller sammenslutninger av personer må stå bak forfølgelsen. Naturen i seg selv kan ikke forfølge personer.

En mulighet kan være å definere forurensere som forfølgere, men det kan bli problematisk.<sup>73</sup> For det første må det oppstilles en årsakssammenheng mellom forurensers handlinger og klimaendringene. Det er vanskelig med de forskningsresultatene vi har om klimaendringer i dag. For det annet er forurensing ofte grenseoverskridende og utslipp på et kontinent kan få følger på et annet kontinent. I denne sammenheng kan det bli problematisk å bevise at forurenseren har handlet målrettet og diskriminerende på grunn av religion, politisk oppfatning eller annen konvensjonsgrunn.

Andre motforestillinger mot å gi § 28 (1) a) direkte anvendelse på miljøfordrevne er at bestemmelsen er ment å være subsidiær, fordi beskyttelsen i en fremmed stat bare inntreffer når søkerens hjemland ikke klarer å gi vedkommende tilstrekkelig beskyttelse. Ved naturkatastrofer vil ofte landet som er utsatt forsøke å hjelpe innbyggerne.<sup>74</sup> En kan med andre ord si at behovet for beskyttelse i en fremmed stat ikke er tilstede i like stor grad. På den annen side, som tørken i Somalia 2011-2012 viste, kan det i aller høyeste grad være behov for internasjonal beskyttelse av mennesker som er utsatt for en naturkatastrofe. Der hindret Al-Shabaab FN og andre humanitære bistandsorganisasjoner å dele ut mat, de svekket også matvaremarkeder under tørken.<sup>75</sup> Somaliere krysset derfor sitt hjemlands grense for å få beskyttelse i andre land.

---

<sup>73</sup> Kälin og Scherpfer (2012) s. 33

<sup>74</sup> Kälin og Scherpfer (2012) s. 32

<sup>75</sup> jf. note 22

Selv om formålet med FK er å verne alle flyktninger som har et reelt behov for beskyttelse, avgrenser ordlyden i § 28 (1) a) jf. FK 1 A (2) med sine vilkår mot flere grupper, slik at ikke alle som har et behov, har en rett til beskyttelse.<sup>76</sup> Begrensningen i FKs flyktningdefinisjon er blant annet belyst i en dom fra australsk høyesterett:

“No matter how devastating may be epidemic, natural disaster or famine, a person fleeing them is not a refugee within the terms of the Convention.”<sup>77</sup>

Personer som flykter fra en naturkatastrofe eller klimaendringer passer derfor ikke godt under ordlyden i flyktningdefinisjonen i § 28 (1) a). Denne gruppen flyktninger vil bare motta beskyttelse, dersom flukten skyldes forfølgelse på grunn av rase, religion, nasjonalitet, sosial gruppe eller politisk oppfatning. Det er likevel mulig å subsumere den miljøfordrevne under § 28 (1) a). Vi skal se på noen eksempler i det følgende.

Det er gjerne et samlet sett av årsaker som forårsaker flukt. Dersom vi tar alle årsakene i betraktning, kan den miljøfordrevne falle inn under flyktningdefinisjonen.

“...there are often several, separate reasons why a person moves and the 1951 Convention refugees may flee in the context of disaster while the well-founded fear of persecution exists independently. Disasters seldom come alone. Some Somalis in refugee camps in Kenya reported having fled both drought and conflict, and the local UNHCR staff stated that they would not ‘split hairs’ when drought and conflict coincides.”<sup>78</sup>

Vi ser at både frykt for voldshandlinger og tørke har vært kombinerte årsaker til at personen så seg tvunget til å forlate sitt hjem. Under tørken i Somalia i 2011 til 2012 hadde al-

---

<sup>76</sup> Einarsen (2010) s.175

<sup>77</sup> Applicant A and Anor v. Minister for Immigration & Ethnic Affairs

<sup>78</sup> Kolmannskog (2010) s. 724



Shabaab kontroll i flere områder. Dersom somalieres flukt skyldes frykten for voldshandlinger av al-Shabaab på grunn av en konvensjonsgrunn samtidig som tørken har ødelagt vedkommendes livsgrunnlag kan søkeren subsumeres under § 28 (1) a). I slike tilfeller får utlendingen formelt opphold fordi flyktningdefinisjonen er oppfylt. Reelt sett kommer den miljøfordrevne også inn under § 28(1) a, når flukten har mange årsaker.

En sakteutviklende naturkatastrofe som tørke kan utløse konflikt om ressurser som drikkevann. Er konflikten av en slik art at den kvalifiserer som forfølgelse etter § 29 (1) a) og myndighetene i hjemlandet ikke makter og løse problemet, står vi overfor en behandling som § 28 (1) a) skal beskytte asylsøkeren mot. Søkeren må være spesielt utsatt på grunn av rase, religion, politisk oppfatning eller annen konvensjonsgrunn ettersom FK ikke beskytter mot konflikt som rammer generelt. Det faktum at den underliggende årsaken til konflikten relaterer seg til en naturkatastrofe spiller ingen rolle.<sup>79</sup> Dersom disse vilkårene er oppfylt skal staten anerkjenne utlendingen som flyktning og flyktningen har krav på opphold i Norge. Vi ser at naturkatastrofer kommer inn som en underliggende faktor i vurderingen av om vilkårene er oppfylt. Det er et annet eksempel på hvordan den miljøfordrevne kan subsumeres under § 28 (1) a).

UNHCR og juridisk litteratur påpeker at vi kan stå overfor en situasjon som kvalifiserer til forfølgelse etter § 28 (1) a), dersom myndighetene i et land forhindrer humanitær nødhjelp til grupper fordi de tilhører en etnisk gruppe eller har en religiøs oppfatning.<sup>80</sup> Både ved sakteutviklende naturkatastrofer som utvikler seg over tid, for eksempel tørke, og ved akutte naturkatastrofer, for eksempel flom, oppstår prekære behov for det mest nødvendige av mat, vann og husly hos personer som er rammet. Under tørken i Somalia i 2011 til 2012 fikk humanitære organisasjoner problemer med å få mat ut til sultrammede innbyggere fordi al-Shaabbab kontrollerte flere områder i Sør-Somalia. Dersom det kunne påvises at hindringene gruppen sto for differensierte etter etnisitet, religion, politisk oppfatning eller

---

<sup>79</sup> Kälin and Scherpfer 2012 s. 33

<sup>80</sup> UNHCR (2009) s. 5, Mc Adam (2012) s. 47 og Kolmannskog (2012) s. 1076

annen konvensjonsgrunn kunne de miljøfordrevne utenfor Somalia omfattes av flyktningdefinisjonen.

Selv om det som nevnt kan være vanskelig å oppstille forurensere som en forfølger kan vi stå overfor handlinger som vil kvalifisere til forfølgelse i konvensjonens forstand. For eksempel der en stat utløser en sultkatastrofe ved å ødelegge avlinger og forurense drikkevann som ledd i undertrykkelsen av en spesiell etnisk gruppe.<sup>81</sup> Dersom diskriminerende ødeleggelser av miljøet tvinger utsatte grupper på flukt, vil flyktningdefinisjonen kunne omfatte disse. Et eksempel på at slike diskriminerende handlinger finner vi under Saddams regime i 2006 hvor elver ble tørrlagt i Sør-Irak for å ramme bestemte grupper.<sup>82</sup>

Miljøfordrevne som søker beskyttelse på grunn av en naturkatastrofe, må også ha en velbegrunnet frykt for forfølgelse på grunn av en konvensjonsgrunn før vedkommende kan subsumeres under § 28 (1) a). Asylkriteriene i bestemmelsen er kumulative. Alle kriteriene må være oppfylt for at søkeren skal beskyttes i Norge. Naturkatastrofer kan komme inn som en underliggende årsak eller som et tilleggsmoment i vurderingen, slik at den miljøfordrevne kan subsumeres under § 28 (1) a). I alle tilfeller fremgår det av UNHCRs Håndbok at det er nødvendig å ta alle omstendigheter med i betraktningen for å få en full forståelse av søkerens sak.<sup>83</sup>

## 2.3.2 § 28 (1) bokstav b) – det utvidede flyktningbegrep

### 2.3.2.1 Bestemmelsens grunnlag

Utlendingsloven § 28 (1) b) er nyskapning i 2008-loven. Bestemmelsen kalles det utvidede flyktningbegrep. Årsaken til navnet er at § 28 (1) b) gir flyktningstatus også til dem som ikke er flyktninger etter FK, men som har et vern mot utsendelse etter andre mennesker-

---

<sup>81</sup> Mc Adam (2010) s. 47, Kolmannskog (2012) s. 1076 og Kälin and Scherpfer (2012) s. 33

<sup>82</sup> Kälin and Scherpfer (2012) s. 33

<sup>83</sup> Se kapittel 2.3.1.2

ettskonvensjoner.<sup>84</sup> Vernet mot utsendelse kalles non-refoulement. Norge er det eneste landet i Europa som praktiserer et flyktningbegrep som strekker lengre enn FK.<sup>85</sup> I EU-retten vil asylsøkere som har beskyttelsesbehov begrunnet i andre konvensjoner enn FK omfattes av en subsidiær beskyttelseskategori, men de vil ikke få flyktningstatus.<sup>86</sup>

Tidligere utlendingslov ga denne gruppen asylsøkere opphold på humanitært grunnlag uten flyktningstatus. Lovgivers hovedhensikt i å anerkjenne også disse asylsøkerne som flyktninger er at det uansett dreier seg om personer som risikerer å miste livet eller alvorlige krenkelser ved retur.<sup>87</sup> Samtidig som denne gruppen uansett vil være beskyttet mot utsendelse etter andre konvensjoner enn FK.<sup>88</sup> Derfor skal § 28 (1) b) gi alle utlendinger som er beskyttet av non refoulement-prinsippet i folkeretten. Prinsippet er blant annet innfortolket i EMK art. 3. Derfor må vi ved anvendelsen av § 28 (1) b) se hen til EMK art. 3 og følge nøye med på den internasjonale rettsutviklingen.<sup>89</sup>

#### 2.3.2.2 Bestemmelsens innhold

Utlendingsloven § 28 (1) b) har følgende ordlyd:

“En utlending som befinner seg i riket eller på norsk grense, skal etter søknad anerkjennes som flyktning dersom utlendingen...uten å falle inn under bokstav a likevel står i reell fare for å bli utsatt for dødsstraff, tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff ved tilbakevending til hjemlandet.”

---

<sup>84</sup> Ot.prp.nr.75 s. 72

<sup>85</sup> Øyen (2013) s. 275

<sup>86</sup> l.c

<sup>87</sup> Ot.prp.nr.75

<sup>88</sup> l.c

<sup>89</sup> Einarsen (2010) s. 193

I likhet med utlendingsloven § 28 (1) a) må utlendingen mangle beskyttelse i sitt hjemland. Det går fram ved å lese § 28 første ledd b) i sammenheng med bestemmelsens femte ledd. Utlendingen må også være på norsk grense eller i Norge for at utlendingsmyndighetene vil behandle søknaden.

Det som er annerledes ved denne bestemmelsen sett i sammenheng med § 28 (1) a) er at den gir flyktningstatus selv om overgrepshandlingen ikke står i sammenheng med utlendingens rase, religion, nasjonalitet, sosiale gruppe eller politiske oppfatning. Årsaken til overgrepene har med andre ord ingen betydning. Hensynet bak dette er som beskrevet ovenfor at beskyttelsesbehovet kan være like sterkt uavhengig av grunnlaget for handlingene. Ordlyden peker på at fokus er situasjonen ved retur. Hvorfor utlendingen flyktet skal ikke vurderes. En person som er utsatt for krigshandlinger er omfattet av § 28 (1) b) uten at dette for eksempel har sammenheng med vedkommendes etnisitet. Personer som omfattes av § 28 (1) b) får flyktningstatus og de samme rettigheter som konvensjonsflyktninger får etter § 28 (1) a). Tilsvarende regel finnes ikke i FK. I EU vil tilsvarende gruppe få et subsidiært vern, men ikke flyktningstatus. Norge går følgelig lenger enn andre land i å anerkjenne asylsøkere som flyktninger. Derfor omtales § 28 (1) b) som et utvidet flyktningbegrep.

Det må være en ‘reell fare’ for at utlendingen utsettes for handlingene ved retur til hjemlandet. Kravet skal forstås som en ren objektiv vurdering.<sup>90</sup> Informasjon om situasjonen i hjemlandet er derfor nødvendig. Også søkerens geografiske tilhørighet har betydning.

Etter ordlyden i § 28 (1) b) er det et vilkår for å bli anerkjent som flyktning at søkeren ved retur risikerer situasjonene som bestemmelsen lister opp: ‘dødsstraff, tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff’. Vi forstår etter ordlyden at det er alvorlige overgrepshandlinger mot søkerens liv og frihet som bestemmelsen har som hovedhensikt å verne vedkommende mot. Det fremgår av forarbeidene at søkeren alltid vil omfattes av bestemmelsens ordlyd dersom vedkommende står i reell fare for å bli offer for

---

<sup>90</sup> Ot.prp.nr.75 s. 95

krigshandlinger ved retur til en konfliktsituasjon.<sup>91</sup> Overgrepshandlinger i en krigssituasjon er derfor i kjernen av det § 28 (1) b) har til hensikt å verne mot.

Det er kriteriet “tortur eller annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling” som er relevant for oppgavens problemstilling.<sup>92</sup> Av ordlyden forstår vi at tortur alltid vil være “umenneskelig eller nedverdiggende behandling”. Ordet “eller” taler for at dersom søkeren risikerer situasjoner som ligner tortur ved retur til hjemlandet, så er vilkåret oppfylt. Det blir vanskeligere å konstatere at vilkårene er oppfylt når vi beveger oss bort fra overgrepssituasjonene. Forarbeidene påpeker at de vanskelige tolkningsspørsmålene gjelder hva som er den nedre grensen i forhold til begrepene.<sup>93</sup>

Vi finner kriteriet “umenneskelig eller nedverdiggende behandling” igjen i EMK art. 3 som er inkorporert generelt gjennom utlendingsloven § 3. EMK art. 3 er også tolket som et vern mot retur i asylsaker og danner som sagt bakgrunnen for § 28 (1) b).

I henhold til EMK art. 1 skal konvensjonen i utgangspunktet sikre at konvensjonspartene ikke bryter menneskerettighetene på eget territorium. EMD har imidlertid innfortolket non refoulement-prinsippet i EMK art. 3. I avgjørelsen *Soering v. the United Kingdom* fra 1989 uttalte EMD:

“...the decision by a Contracting State to extradite a fugitive may give rise to an issue under Article 3...where substantial grounds have been shown for believing that the person concerned, if extradited, faces a real risk of being subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment in the requesting country.”<sup>94</sup>

---

<sup>91</sup> NOU 2004:20 s. 153

<sup>92</sup> Kriteriene dødsstraff og tortur er ikke behandlet nærmere i oppgaven grunnet begrenset relevans for problemstillingen

<sup>93</sup> NOU 2004:20 s. 393

<sup>94</sup> Dommens avsnitt 91

EMK sikrer derfor også at statene ikke bryter menneskerettighetene utenfor eget territorium. EMK art. 3 er anvendelig i vurderingen av den situasjonen utlendingen havner i på returdestinasjonen. Dersom situasjonen utlendingen risikerer ved retur krenker art. 3 er statene forpliktet til å verne utlendingen mot utsendelse.

#### 2.3.2.3 Kan miljøfordrevne subsummeres under § 28 (1) bokstav b)?

Mennesker som utsettes for naturkatastrofer opplever alvorlige situasjoner. For eksempel resulterte tørken i Somalia i 2011 til 2012 i en humanitær katastrofe. Avlinger ble ødelagt og husdyr døde. Det utviklet seg til en hungersnød og FN antar at nærmere 260 000 døde.<sup>95</sup> Utlendingsloven § 28 (1) b) skal verne søkeren mot retur hvis vedkommende risikerer “annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling” i hjemlandet. En alminnelig forståelse av ordlyden taler for at miljøfordrevne ikke faller inn under bestemmelsen. Som beskrevet ovenfor har § 28 (1) b) som hovedhensikt å beskytte mot overgrepssituasjoner i hjemlandet. Dersom en miljøfordrevet sendes tilbake til et område hvor vedkommende risikerer ekstrem tørke og hungersnød står vedkommende overfor en svært alvorlig situasjon, men personen risikerer ikke overgrep. Selv om naturkatastrofer kan få fatale konsekvenser så passer ikke situasjonen godt under ordlyden “annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling”. Den rettslige problemstillingen blir derfor om det foreligger et vern etter § 28 (1) b) også utenfor de tilfellene der vedkommende risikerer overgrep ved retur.

Det fremgår av Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s. 414 at § 28 (1) b) får anvendelse der Norge er folkerettslig forpliktet til ikke å returnere søkere som risikerer den behandlingen bestemmelsen lister opp. Samtidig tar forarbeidene forbehold mot andre ekstraordinære forhold om ikke er direkte overgrepshandlinger, eksempelvis sykdom hos den som returneres.

“Bestemmelsen retter seg imidlertid kun mot de tilfeller hvor utlendingen risikerer å bli utsatt for overgrepshandlinger i returlandet, og regulerer ikke de situasjoner

---

<sup>95</sup> UN News Centre (2013)

hvor det er andre ekstraordinære forhold som gjør at utsendelsen i seg selv utgjør umenneskelig behandling, for eksempel helsemessige forhold. »<sup>96</sup>

Uttalelsen er ikke nærmere begrunnet. Dersom søkeren risikerer andre alvorlige situasjoner ved retur enn overgrepshandlinger, er det ifølge forarbeidene § 38 som skal regulere forholdet. Forståelsen av dette er at miljøfordrevne ikke kan subsumeres under utlendingsloven § 28 (1) b). Denne forståelsen ble lagt til grunn av lovgiver i 2007. Bestemmelsen inkorporerer som beskrevet ovenfor EMK art. 3. Etter 2007 er det kommet avgjørelser fra EMD som legger til grunn at EMK art. 3 er anvendelig i visse tilfeller utenfor overgrepssituasjonene. Det er derfor grunn til å undersøke praksis fra EMD nærmere.

#### *2.3.2.3.1 EMD 1997 D. v. the United Kingdom*

D. v. the United Kingdom er sitert ovenfor for å illustrere at tolkningen av EMK endres med tiden for at konvensjonsrettighetene skal gi mennesker et reelt vern. Denne avgjørelsen illustrerer også hva som skal til for at vi utenfor overgrepssituasjonene står overfor en krenkelse av EMK art. 3. Saken gjelder utvisning av en AIDS-syk mann, D, til St.Kitts. D hadde sonet ferdig en narkotikadom i Storbritania og ventet på utvisning. Da saken kom opp for EMD var han blitt alvorlig syk og hevdet at en retur til St.Kitts ville redusere hans levetid fordi landet ikke hadde nødvendig AIDS-behandling. D påsto derfor at en retur til St.Kitts ville utsette ham for umenneskelig og nedverdiggende behandling og krenke EMK art. 3.

Domstolen tar utgangspunkt i at stater har rett til å kontrollere adgang, opphold og utvisning av utlendinger i medhold av veletablert internasjonal rett. For alvorlige narkotikaforbrytelser kan utvisning være en legitim respons.

---

<sup>96</sup> Ot.prp.nr.75 s. 414

EMD legger deretter til grunn at en retur til St.Kitts vil innebære alvorlige konsekvenser for søkeren. Domstolen påpeker at det er seriøs fare for at de forhold som venter søkeren på St.Kitts vil redusere forventet levetid og medføre fysiske og psykisk lidelser.<sup>97</sup> Søkeren er ikke garantert sykehusplass og omgivelsene på St.Kitts er truet av manglende søppel og kloakkhåndtering. Det er ikke bevist at mannen har et nettverk som kan ta vare på ham ved retur. På bakgrunn av dette sier EMD at:

“In view of these exceptional circumstances and bearing in mind the critical stage now reached in the applicant’s fatal illness, the implementation of the decision to remove him to St. Kitts would amount to inhuman treatment by the respondent State in violation of Article 3.”<sup>98</sup>

Det er klart at den AIDS-syke mannen ikke risikerer overgrep ved retur. EMD hevder likevel at den situasjonen Storbritannia sender mannen tilbake til, er så alvorlig at det krenker hans rettigheter etter EMK art. 3. Domstolen påpeker at:

“Although it cannot be said the conditions which would confront him in the receiving country are themselves a breach of the standards of Article 3..., his removal would expose him to a real risk of dying under most distressing circumstances and would thus amount to inhuman treatment...However, in the very exceptional circumstances of this case and given the *compelling humanitarian considerations* at stake, it must be concluded that the implementation of the decision to remove the applicant would be a violation of Article 3...”<sup>99</sup> (Min utheving).

Det er returen i seg selv som etter omstendighetene medfører at Storbritannia krenker EMK art. 3. Vi ser at domstolen foretar en utvidelse av art.3 til å gjelde også utenfor overgrepssi-

---

<sup>97</sup> Dommens avsnitt 52

<sup>98</sup> Dommens avsnitt 53

<sup>99</sup> Dommens avsnitt 53



tuasjonene i hjemlandet. I slike tilfeller må imidlertid situasjonen vedkommende risikerer være svært alvorlig. Forholdene for søkeren sett i sammenheng med situasjonen i returlandet må fortone seg som helt eksepsjonelle ('very exceptional circumstances'). I alt må det være tvingende humanitære grunner ('compelling humanitarian considerations') mot å returnere vedkommende til hjemlandet. Det var tilfellet i foreliggende sak ettersom D var kritisk syk og nærmet seg døden. Han ble ikke garantert medisinsk hjelp i hjemlandet. D hadde heller ikke familie som kunne gi ham nødvendig mat, bolig og moralsk støtte. Retur til generelt lavere livskvalitet og fattigdom er ikke tilstrekkelig for å konstatere brudd på art. 3. Situasjonen må vurderes konkret i enhver sak. EMD oppstiller en sikkerhetsmargin for å fange opp tilfeller der vedkommende har behov for vern mot utsendelse uten at han eller hun risikerer overgrep i returstaten.

#### *2.3.2.3.2 EMD 2008 N. v. the United Kingdom*

Avgjørelsen gjelder Storbritannias utsendelse av en HIV-syk kvinne til Uganda. Da kvinnen søkte asyl i 1998 var hun svært syk, og ble innlagt på sykehus i Storbritannia. Asylsøknaden ble avslått. Effektiv medisinerer gjorde at tilstanden var stabil da saken kom opp for EMD. Kvinnen la ned påstand om at art. 3 var krenket på grunn av hennes alvorlige sykdom og mangel på adekvat behandling i Uganda. Kvinnen krevde derfor vern mot utsendelse i medhold av art. 3. Avgjørelsen er avsagt under dissens. Det viser hvor vanskelig det er å avgjøre hvilke tilfeller som omfattes av den nedre grensen i begrepet 'umenneskelig eller nedverdiggende behandling'. Avgjørelsen er derfor et eksempel på tilfeller som ligger i den nedre grense av begrepet.

Etter å ha gjennomgått egen praksis legger domstolen til grunn at terskelen for brudd på EMK art. 3 er den samme som i *D. v. the United Kingdom* i 1997. EMK art. 3 krenkes i eksepsjonelle saker der vernet mot retur er av tvingende humanitære grunner. Terskelen er høy. Domstolen begrunner det i at dette er rettigheter av sosial og økonomisk karakter. Kjernen i EMK er derimot å beskytte sivile og politiske rettigheter. Siden risikoen for dårligere medisinsk behandling er en rettighet av sosial og økonomisk karakter og ikke ligger i EMKs kjerne, må terskelen være høyere.

Etter at terskelen er slått fast gjenstår den vanskelige vurderingen av om hvorvidt tilfellet domstolen nå står overfor går over den nedre terskelen som D. v the United Kingdom oppstilte i 1997. EMD påpeker at i de elleve årene som er gått siden dommen falt, har den ikke funnet andre brudd på art. 3 på grunn av søkerens helse. Flertallet finner at den nedre grensen for ‘umenneskelig eller nedverdiggende behandling’ ikke er overtrådt. Flertallet vektlegger at bedre medisinsk hjelp i Storbritannia enn i Uganda ikke alene utgjør eksepsjonelle forhold. Videre vil det medføre for stor byrde på konvensjonsstatene dersom de er forpliktet til ikke å returnere syke asylsøkere til en returstat med langt dårligere helseapparat. Helsen til kvinnen i saken var stabil, og selv om behandlingen ikke var så god som i Storbritannia, hadde hun tilgang til HIV-behandling i Uganda. Flertallet uttaler at statene ikke er forpliktet til å utjevne forskjellen i statenes behandlingstilbud etter art. 3.

Mindretallet derimot mener at den nedre grensen for ‘umenneskelig eller nedverdiggende behandling’ er nådd. Mindretallet legger til grunn hva som utgjorde eksepsjonelle forhold i D. v. the United Kingdom. Mindretallet fremhever at avgjørelsen fra 1997 åpner for at det også kan være andre eksepsjonelle situasjoner der de humanitære grunnene er tilsvarende tvingende. De mener videre at foreliggende sak er eksepsjonell. Mindretallet mener at å returnere kvinnen til Uganda krenker art. 3 fordi hun vil dø tidligere etter en periode med fysisk og psykisk lidelse.

Praksis fra EMD viser at humanitære situasjoner ved returen vil være relevant i vurderingen av ‘annen umenneskelig eller nedverdiggende behandling’. Art. 3 kommer derfor til anvendelse også utenfor de tilfellene der vedkommende risikerer overgrep ved returen.

#### *2.3.2.3.3 EMD 2011 M.S.S. v. Belgium and Greece*

Avgjørelsen gjelder en afghansk mann som reiste via Hellas og søkte asyl i Belgia. Fordi vedkommende allerede var registrert i Hellas, ønsket Belgia ham returnert dit. Søkeren motsatte seg dette fordi han fryktet forholdene han ble utsatt for i Hellas. Belgia valgte likevel ikke å realitetsbehandle mannens søknad og han ble returnert til Hellas. Her ble han internert under svært kummerlige boforhold. Han fikk lite mat og fikk ikke bevege seg

utendørs. Han hevdet å bli utsatt for vold av anstaltens ledere. Da interneringen var over ble han husløs, uten at greske myndigheter forsøkte å bedre hans situasjon. Han fikk ikke sted å bo eller mulighet til å arbeide.

Domstolen må på bakgrunn av søkerens situasjon vurdere flere spørsmål. Interessant er imidlertid søkerens krav om at forholdene i Hellas var så dårlige at Belgias returnering dit innebar brudd på art. 3.

Domstolen påpeker at art. 3 ikke pålegger statene å gi alle personer innenfor deres myndighetsområde en bolig. Bestemmelsen pålegger heller ikke statene å støtte asylsøkere økonomisk slik at de kan opprettholde en viss livsstandard. Domstolen oppstiller så vurderingsnormen. Dernest vurderer domstolen hvorvidt retur til en situasjonen med ekstrem fattigdom kan medføre brudd på art. 3.

Domstolen fastslår at asylsøkeren har levd under ekstrem fattigdom etter returen til Hellas på grunn av manglende mat, hygiene og et sted å bo. Det ble sett i sammenheng med at greske myndigheter forholdt seg passive, slik at asylsøkeren sto uten mulighet til å endre sin livssituasjon. Domstolen påpeker at Belgia var kjent med de dårlige forholdene for asylsøkere i Hellas før de returnerte vedkommende. Domstolen konkluderer derfor, med femten mot to stemmer, at Belgia har krenket art. 3 ved å returnere vedkommende til internering og livsforhold i Hellas.

Avgjørelsen viser at retur til ekstrem fattigdom også kan utgjøre brudd på EMK art. 3. Det ser ut til at terskelen for hva som anses som "umenneskelig eller nedverdiggende behandling" er litt lavere sammenlignet med terskelen oppstilt i D. v. the United Kingdom i 1997. I sakene omtalt ovenfor, var alvorlig sykdom og risikoen for snarere og mer smertefull død ved retur, viktige faktorer. I denne saken er det på den annen side ikke sykdom, men forholdene vedkommende lever under og statens passivitet som er avgjørende. Det foreligger ikke eksepsjonelle forhold ved søkeren annet enn hans frykt for retur til Afghanistan. Etter

dette forstår vi at livsforholdene i returstaten kan være så eksepsjonelt dårlige at de sett i sammenheng utgjør nedverdiggende behandling etter art. 3.

#### *2.3.2.3.4 EMD av 28. juni 2011 Sufi and Elmi v. the United Kingdom*

Avgjørelsen gjelder Storbritannias retur av en 24-årig mann og en 42-årig mann til Somalia. Den yngste søkte asyl i 2003 og fikk endelig avslag i 2005. Den eldste kom til Storbritannia i 1969. I 1993 ble han innvilget oppholdstillatelse på ubestemt tid i Storbritannia. Begge sonet i fengsel for flere straffedommer og Storbritannia ønsket å returnere dem til Somalias hovedstad, Mogadishu, fordi de var en fare for samfunnet. Begge klaget saken inn for EMD, med påstand om at en retur til Somalia ville krenke deres rettigheter under EMK art. 3.

Domstolen velger å behandle klagerne under ett fordi klagernes faktiske omstendigheter er like.

Domstolen påpeker at art. 3 gjelder absolutt. Hvorvidt asylsøkerne har begått kriminelle handlinger er irrelevant for beskyttelsesvurderingen.<sup>100</sup> Domstolen vurderer først sikkerhetssituasjonen i Mogadishu på daværende tidspunkt i 2011. Domstolen finner det klart at volden i hovedstaden er av en slik art at enhver som returneres dit risikerer slike overgrep som art. 3 søker å beskytte.

Dernest vurderer domstolen internfluktalternativet. Senderstaten kan returnere vedkommende til Somalia dersom det finnes et trygt alternativt område, som personen kan reise til og bosette seg i, uten å risikere situasjoner art. 3 skal beskytte mot. Domstolen kommer til at internflukt ikke er trygt og ser det som sannsynlig at personene ender opp i flyktningleire utenfor Somalia eller i IDPs-leire.

---

<sup>100</sup> Dommens avsnitt 212

Domstolen vurderer om forholdene i leirene kan stride mot umenneskelig eller nedverdiggende behandling etter EMK art. 3. Domstolen peker på at et stort antall somaliere var internt fordrevet grunnet tørken. Leirene er derfor overbefolket og flere mangler tilgang på rent vann. Videre var over halvparten av Somalias befolkning avhengig av humanitær bistand fra organisasjoner for å overleve. I tillegg fortsetter al-Shabaab å forhindre bistandsorganisasjoners tilgang til visse områder. Fra leirene tvangsrekrutteres barn til al-Shabaab og seksuell vold er utbredt.

I den rettslige vurderingen av dette faktum ser domstolen til tidligere praksis. Spesielt relevant er *N. v. the United Kingdom* og *M.S.S. v. Belgium and Greece*. Avgjørelsene stiller opp to ulike tilnærmingsmåter og domstolen tar stilling til den tilnærmingsmåte som passer best på den retursituasjonen klagerne i foreliggende sak risikerer.

“If the dire humanitarian conditions in Somalia were solely or even predominantly attributable to poverty or to the State’s lack of resources to deal with naturally occurring phenomenon, such as drought, the test in *N. v. the United Kingdom* may well have been considered to be the appropriate one. However, it is clear that while drought has contributed to the humanitarian crisis, that crisis is predominantly due to the direct and indirect actions of the parties to the conflict...Consequently, the Court does not consider the approach adopted in *N. v. the United Kingdom* to be appropriate in the circumstances of the present case. *Rather, it prefers the approach adopted in M.S.S. v. Belgium and Greece*, which requires it to have regard to an applicant’s ability to cater for his most basic needs, such as food, hygiene and shelter, his vulnerability to ill-treatment and the prospect of his situation improving within a reasonable time-frame...”<sup>101</sup> (Min utheving).

---

<sup>101</sup> Dommens avsnitt 282 og 283

Domstolen kommer fram til at tilnærmingsmåten i M.S.S. v. Belgium and Greece passer best. Bakgrunnen for domstolens valg av tilnærmingsmåte er at den vanskelige humanitære situasjonen i Somalia ikke skyldes statens manglende evne til å håndtere tørkekatastrofen, men hovedsakelig skyldes partene i konflikten sine handlinger. I N. v. the United Kingdom handler motsetningsvis om hjemlandet manglende evne til å håndtere den syke mannen ved retur. Tilnærmingsmåten må derfor bli den som er lagt til grunn i M.S.S v. Belgium and Greece og asylsøkerens sårbarhet ved retur til Somalia. Dette er først og fremst en vurdering av hvordan personen som skal sendes ut takler retursituasjonen. Domstolen konkluderer enstemmig i at en retur vil medføre at klagerne havner i en situasjon der de ikke har mulighet til å besørge basisbehov som mat, hygiene og husly. Samtidig som situasjonen ikke ser ut til å bedre seg innen rimelig tid. Retur til Somalia vil derfor krenke begges rettigheter under EMK art. 3.

#### *2.3.2.3.5 Oppsummering*

Samlet sett viser avgjørelsene fra EMD at EMK art. 3 er anvendelig også utenfor situasjoner der vedkommende risikerer overgrep ved retur. Domstolen foretar en dynamisk fortolkning av konvensjonsbestemmelsen i takt med tiden. En miljøfordrevet har etter dette et vern mot utsendelse etter EMK art. 3 i særlige tilfeller.

Sufi and Elmi v. the United Kingdom viser at det er to tilnærmingsmåter som er aktuelle, dersom staten søkeren skal returneres til er utsatt for en tørkekatastrofe eller annen naturkatastrofe. Tilnærmingsmåten i N. v. the United Kingdom er aktuell dersom de humanitære forholdene i hjemlandet står i sammenheng med statens manglende evne til å håndtere naturkatastrofen. (‘‘the States lack of resources to deal with a naturally occurring phenomenon, such as drought’’). Ved denne tilnærmingsmåten er det brudd på EMK art. 3 i helt ekstraordinære tilfeller dersom det samlet sett foreligger tvingende humanitære grunner mot å returnere vedkommende.

Tilnærmingsmåten i M.S.S. v. the United Kingdom er aktuell dersom den humanitære krisen hovedsakelig er forårsaket av handlinger til partene i en konflikt samtidig som naturka-

tastrofen er en medvirkende årsak. (‘‘...while drought has contributed to the humanitarian crisis, that crisis is predominantly due to the direct and indirect actions of the parties to the conflict.’’)) Ved denne tilnærmingsmåten er det brudd på EMK art. 3 dersom personen som returneres ikke har mulighet til å besørge sine basisbehov samtidig som situasjonen ikke ser ut til å forbedre seg innen rimelig tid.

#### *2.3.2.3.6 Anvendelse av EMDs praksis på miljøfordrevne*

Avgjørelsene viser at statene i utgangspunktet har rett til å kontrollere utlendingers adgang, opphold og utvisning. Det er begrunnet i statenes suverenitet.<sup>102</sup> På den annen side er retten til å søke asyl i en fremmed stat en grunnleggende menneskerettighet jf. FNs menneskerettighetserklæring art. 14. En miljøfordrevet kan derfor søke asyl i en annen stat, som er forpliktet til å vurdere denne. Praksis gjør det klart at statene ikke er forpliktet til å verne personer mot utsendelse fordi returstaten ikke har samme velferdsnivå som avsenderstaten. Staten er ikke forpliktet til å utjevne forskjeller i helsetilbud eller levestandard. Norge er for eksempel ikke forpliktet til å verne en syk somalisk asylsøker mot utsendelse på grunn av manglende helsetilbud i Somalia. Praksis oppstiller en høyere terskel der sosiale og økonomiske grunner taler mot retur i motsetning til overgrepssituasjonene. Vi skal se på noen situasjoner som kan være relevante for EMDs praksis.

Somaliere tilhører klaner som tradisjonelt hjelper hverandre i krisetider. Det må derfor vurderes om en miljøfordrevet kan få mat, vann og husly hos sin klan. Tørken i Somalia rammet imidlertid over halvparten av befolkningen. Sannsynligheten for at hjelp kunne motas fra klanen var derfor liten.

Muligheten for at situasjonen forbedres må også tas med i vurderingen. Tørken i Somalia i 2011-2012 var langvarig. Flere somalieres livsgrunnlag var borte i lang tid. Under slike

---

<sup>102</sup> EMD legger til grunn at statene har rett til ‘‘...as a matter of well-established international law...to control the entry, residence and expulsion of aliens.’’ jf. *D. v. the United Kingdom*

omstendigheter har en miljøfordrevet behov for oppholdstillatelse inntil vedkommende kan gjenoppta sitt livsgrunnlag. Det må tas hensyn til om hjelpeorganisasjoner når fram, eller om disse er forhindret av opprørsbevegelser som for eksempel al-Shabaab. I avgjørelsen fra EMD, *Sufi and Elmi v. the United Kingdom*, ble også de dårlige forholdene i flyktningleire i Kenya vektlagt. Flyktingene ble nektet å forlate leirene. Så lenge konflikten pågikk i Somalia var domstolen av den oppfatning at det var liten mulighet for at forholdene forbedret seg. Langvarig tørke i kombinasjon med konflikt er følgelig et eksempel der beskyttelsesbehovet kan bli permanent.

Blant miljøfordrevne er det noen som er mer sårbare enn andre slik at risikoen for umenneskelig eller nedverdiggende behandling øker. For å få tilgang på vann, mat og husly er flyktningleire eller IDP-leire et alternativ. I krisesituasjoner er leirene ofte overbefolket. I rapportene som ble lagt til grunn i *Sufi and Elmi v. the United Kingdom* fremgår det at tyveri og seksuell vold er utbredt i leirene. Samtidig utnytter grunneierne situasjonen og tar høy leie for en plass i flyktningleirene. Det kan føre til at miljøfordrevne ser seg tvunget til å betale med prostitusjon for husly. Spesielt kvinner og jenter er utsatt. Det rapporteres for eksempel om kvinnelige flyktinger som på grunn av den pågående borgerkrigen i dagens Syria er tvunget til å selge sin egen kropp for mat. Det er også rapporter om familier som selger døtrene sine for å få råd til husly eller minske husholdningsutgiftene i familien.<sup>103</sup>

Barnefamilier er spesielt sårbare ved retur til områder som er rammet av naturkatastrofer. Barn er spesielt utsatt dersom familiens livsgrunnlag faller bort. En ny rapport fra FNs World Food Programme<sup>104</sup> viser at sult i barndommen medfører varige skader på barn. Risikoen for konsentrasjonsvansker i skolen øker. I voksen alder blir personen svakere og oftere syk og muligheten for arbeid og inntekt blir vanskeligere. Videre er barn utsatt for tvangsrekruttering til opprørsbevegelser.

---

<sup>103</sup> IRC (2013) s. 12

<sup>104</sup> WFP (2013) s. 2



#### 2.3.2.3.7 *Anvendelsen av § 28 (1) b) i samsvar med EMDs praksis*

Det ser ut til at vi står overfor motstrid mellom uttalelser i forarbeidene og praksis fra EMD. Etter forarbeidene skal utlendingsloven § 28 (1) b) ikke gjelde i situasjoner hvor vedkommende risikerer katastrofer eller alvorlig forverret helsetilstand ved retur. EMD har på den annen side tolket art. 3 utvidende til å omfatte også risikoen for katastrofer eller forverret helsetilstand ved retur. EMK art. 3 er som beskrevet ovenfor inkorporert i utlendingsloven § 28 (1) b). Spørsmålet blir om et forbehold lovgiver tok i 2007 kan stenge for en utvidende tolkning av EMK art. 3 som EMD foretar.

Norge praktiserer riktignok et videre og mer liberalt<sup>105</sup> flyktningbegrep enn andre europeiske land, men det kan ikke bety at vi ved anvendelsen av § 28 (1) b) skal se bort i fra utviklingen i EMD. Utlendingsloven § 3, generelle uttalelser i forarbeidene om forholdet mellom nasjonale og internasjonale regler i utlendingsloven og hensynet til at EMD skal utvikle konvensjonen taler for at § 28 (1) b) skal tolkes utvidende på bakgrunn av EMDs praksis.<sup>106</sup>

Det fremgår av forarbeidene at utlendingsloven § 28 (1) b) bare får anvendelse dersom søkeren risikerer overgrepshandlinger ved retur.<sup>107</sup> Videre fremgår det at ekstraordinære forhold som ikke er overgrep, skal vurderes etter utlendingsloven § 38.<sup>108</sup> Uttalelsene er ikke nærmere begrunnet. Av det samme forarbeidet fremgår det imidlertid at utlendingslo-

---

<sup>105</sup> Øyen (2013) s. 275

<sup>106</sup> Oppgavens rettskildebruk og konklusjon under § 28 (1) b) står i motsetning til den eneste masteroppgaven jeg har funnet om dette temaet. Det fremgår i masteroppgaven at: "Selv om det i utgangspunktet kunne vært av interesse å se nærmere på en miljøfordrevet persons rett til beskyttelse etter utl. § 28 (1) b) når retur til hjemlandet i seg selv utgjør en krenkelse av EMK art. 3, er avgrensningen klar; spørsmålet skal vurderes etter utl. § 38." Hensynene som gjør seg gjeldende er i hovedsak avgrensningen i forarbeidene og hensynet til at lovgiver må kunne gjøre slike avgrensninger § 28 (1) b) fordi Norge ved et utvidet flyktningbegrep overoppfyller våre internasjonale forpliktelser. Jf. Einum (2012) s. 19

<sup>107</sup> Ot.prp.(2006-2007) s. 414

<sup>108</sup> ibid s. 157

ven § 3 skal forstås slik at bestemmelsen som gir individet best vern skal gå foran ved motstrid.<sup>109</sup>

Beskyttelsen av individet reduseres dersom vi legger uttalelsene i forarbeidene til grunn og anvender § 38 på miljøfordrevne. Utlendingsloven § 38 er en skjønnsmessig bestemmelse. Utlendingsloven § 28 (1) b) er derimot en "skal-bestemmelse" og utlendingsmyndigheten plikter å verne søkeren mot retur dersom vilkårene er innfridd. Utlendingsmyndigheten er derimot ikke forpliktet til å verne asylsøkeren mot retur etter § 38, selv om det foreligger tvingende humanitære grunner mot retur. Grunnen til dette er at det i henhold til bestemmelsen "kan" gis oppholdstillatelse. I denne vurderingen kan innvandringsregulerende hensyn vektlegges. EMK art. 3 som ligger til grunn for § 28 (1) b) gjelder absolutt. I vurderingen av om det foreligger tvingende humanitære grunner mot utsendelse kan innvandringsregulerende hensyn aldri vektlegges. Det har sammenheng med at art. 3 er en fundamental menneskerettighet som konvensjonspartene aldri kan fravike. Heller ikke i en krigssituasjon.<sup>110</sup> Det betyr at dersom vi legger uttalelsene i forarbeidene til grunn og subsumerer miljøfordrevne under den skjønnsmessige bestemmelsen i § 38, får den miljøfordrevne et svakere vern enn om art. 3 slik EMD har tolket og utviklet den, legges til grunn. I dette tilfelle bestemmer utlendingsloven § 3 at regelen som gir individet best vern skal gå foran. Det taler for at uttalelsene i forarbeidene må vike for praksis fra EMD.

En annen uttalelse i forarbeidene for at det er § 28 (1) b) som miljøfordrevne skal subsummeres under:

"Når grunnlaget for å søke opphold er et behov for beskyttelse, må utgangspunktet være at spørsmålet om opphold reguleres av beskyttelsesbestemmelsene. Dersom det fremstår som tvilsomt om det foreligger en rett til beskyttelse under våre internasjonale forpliktelser – som ikke alltid har et klart innhold og i noen tilfeller gir

---

<sup>109</sup> Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s. 401

<sup>110</sup> jf. EMK art.15

statene en viss handlefrihet – *bør man i praksis likevel bruke beskyttelsesbestemmelsene dersom man kommer til at det er ønskelig å innvilge opphold av beskyttelsesgrunner.*”<sup>111</sup> (Min utheving).

Vi forstår at dersom søkeren har et reelt beskyttelsesbehov så bør § 28 (1) b) benyttes. Som oppgaven viser kan naturkatastrofer sette mennesker i ekstraordinære situasjoner uten livsgrunnlag. Det foreligger behov for beskyttelse. Det taler for at § 28 (1) b) bør benyttes. FNs Cancún Agreement art. 14 f) er et støtteargument for dette. Norge oppfordres etter bestemmelsen å fokusere på hvilket behov miljøfordrevne har.

På den annen side oppstiller praksis fra EMD et vern mot utsendelse, ikke et krav om flyktningsstatus. Spørsmålet er derfor om det ikke er tilstrekkelig at Norge gir en miljøfordrevet vern etter utlendingsloven § 38, når søkeren risikerer en retursituasjon som er i strid med EMDs fortolkning av EMK art. 3.

Problemet er at dersom det er § 38 som skal anvendes overfor miljøfordrevne, kan vedkommende risikere umenneskelig behandling ved retur. Innvandringsregulerende hensyn er en del av vurderingen i § 38, som forvaltningen står fritt til å vektlegge. EMD slår imidlertid fast at art. 3 gjelder absolutt. Innvandringsregulerende hensyn eller kontroll med kriminalitet kan ikke hensyntas i vurderingen av om retur medfører umenneskelig eller nedverdiggende behandling. I forlengelsen av dette kan forvaltningens bruk av § 38 på miljøfordrevne medføre at individer returneres til umenneskelig eller nedverdiggende behandling. Dersom forvaltningen utelukkende anvender § 38 på miljøfordrevne og lar innvandringsregulerende veie tyngst, kan det resultere i en praksis som bryter med hva vi har forpliktet oss til etter EMK art. 3.

Et alternativ er å innfortolke et rettskrav i § 38 for tilfellene der utlendingsmyndigheten kommer til at en retur er i strid med EMK art. 3. Da kan forvaltningen ikke tillegge inn-

---

<sup>111</sup> NOU 2004:20 s. 265

vandringsregulerende hensyn vekt og plikter å innvilge asylsøknaden. En slik tolkning følger ikke av forarbeider eller norsk rettspraksis. Derfor må forvaltningen i slike tilfeller passe på å innfortolke rettskravet. Det kan likevel medføre menneskerettsbrudd, særlig fordi ordlyden så klart åpner for et forvaltningsskjønn.

Et annet poeng er at det er EMD som skal utvikle konvensjonen. Som beskrevet ovenfor,<sup>112</sup> tolker EMD konvensjonen etter samfunnsutviklingen og beskyttelsesbehovene som oppstår. Norge er bundet av EMK art. 3 gjennom utlendingsloven § 3 og § 28 (1) b). Vi er derfor forpliktet til å følge rettsutviklingen i EMD. Lovgiver tok i 2007 forbehold mot at § 28 (1) b) skulle gjelde utenfor de positive overgrepssituasjonene. Lovgiver henviste istedenfor søkere som er rammet av en naturkatastrofe under den skjønnsmessige bestemmelsen i utlendingsloven § 38, fordi personer som ikke utsettes for overgrep ikke var en sakskategori av særlig omfang. Avgjørelsene fra EMD viser imidlertid det motsatte. Det taler for at forarbeidene ikke kan ta forbehold mot at § 28 (1) b) bare skal gjelde i overgrepssituasjoner og ikke i andre ekstraordinære situasjoner.

Argumentene ovenfor taler for at § 28 (1) b) tolkes utvidende på bakgrunn av praksis fra EMD. Kriteriet "umenneskelig eller nedverdiggende behandling" omfatter derfor ikke bare positive rettskrenkelser ved retur som forarbeidene peker på. Kriteriet omfatter også personer i andre ekstraordinære situasjoner der for eksempel en naturkatastrofe gjør en utsendelse på det aktuelle tidspunktet umenneskelig. Miljøfordrevne kan derfor subsumeres under § 28 (1) b).

---

<sup>112</sup> jf. oppgavens avsnitt 1.6.2.2

## 2.4 Beskyttelse etter utlendingsloven § 38

### 2.4.1 Bestemmelsens grunnlag

Utlendingsloven § 38 har sitt grunnlag i nasjonal politikk. Bestemmelsen åpner for å gi oppholdstillatelse til søkere som ikke tilfredsstiller vilkårene etter § 28 (1) a) og b), men som likevel har gode grunner for beskyttelse i Norge. Norge må forholde seg til internasjonale regler, men kan selvsagt føre en praksis som på grunn av humanitære forhold går lenger i å beskytte individet. Det er politiske avveininger i innvandrings- og flyktningpolitikken som ligger til grunn for bestemmelsen.<sup>113</sup> Innvandringen til Norge skal være human, solidarisk og rettssikker og samtidig regulert og kontrollert.<sup>114</sup> Lovgiver ønsker å balansere disse hensynene og utformer en kan-bestemmelse for forvaltningens skjønn. § 38 er detaljert utformet slik at skjønnsvurderingen i forvaltningen gjenspeiler generelle politiske målsetninger. Det er viktig fordi Regjeringen ikke kan instruere klageinstansen UNE jf. utlendingsloven § 76 (2).<sup>115</sup> I praksis brukes betegnelsen opphold på humanitært grunnlag.

### 2.4.2 Bestemmelsens innhold

Utlendingsloven § 38 første til fjerde har følgende ordlyd:

“Det kan gis oppholdstillatelse selv om de øvrige vilkårene i loven ikke er oppfylt dersom det foreligger sterke menneskelige hensyn eller utlendingen har særlig tilknytning til riket.

For å avgjøre om det foreligger sterke menneskelige hensyn skal det foretas en totalvurdering av saken. Det kan blant annet legges vekt på om

a) utlendingen er enslig mindreårig uten forsvarlig omsorg ved retur,

---

<sup>113</sup> Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s. 152

<sup>114</sup> Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s. 152

<sup>115</sup> *ibid* s. 153

- b) det foreligger tvingende helsemessige forhold som gjør at utlendingen har behov for opphold i riket,
- c) det foreligger sosiale eller humanitære forhold ved retursituasjonen som gir grunnlag for å innvilge oppholdstillatelse, eller
- d) utlendingen har vært offer for menneskehandel.

I saker som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn. Barn kan gis oppholdstillatelse etter første ledd selv om situasjonen ikke har et slikt alvor at det ville blitt innvilget oppholdstillatelse til en voksen.

Ved vurderingen av om tillatelse skal gis, kan det legges vekt på innvandringsregulerende hensyn, herunder

- a) mulige konsekvenser for omfanget av søknader på liknende grunnlag,
- b) de samfunnsmessige konsekvensene,
- c) hensynet til kontroll, og
- d) hensynet til respekten for lovens øvrige regler.”

Bestemmelsen er plassert etter flyktningkapittelet. Dersom utlendingen får avslag på asylsøknaden plikter forvaltningen å vurdere om utlendingen kan få opphold etter § 38. Det fremgår av § 28 (7). Enhver asylsøker skal derfor først vurderes opp mot § 28 (1) a) og b). Oppfyller asylsøkeren ikke vilkårene etter § 28, skal forvaltningen av eget tiltak vurdere § 38. I henhold til § 38 (1) “kan” forvaltningen innvilge opphold på humanitært grunnlag. Utlendingen har derfor ikke et rettskrav på opphold etter bestemmelsen, selv om vilkårene er oppfylt. Motsetningsvis har utlendingen et rettskrav på opphold etter § 28 dersom vilkårene er oppfylt.

Etter § 38 (2) og (4) er det to hovedhensyn som står mot hverandre. Hensynet til individet og hensynet til kontroll med innvandringen til Norge. Det følger av ordlyden at vurderingen etter § 38 er toleddet. Først må vi etter annet ledd vurdere om det foreligger sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til Norge. Dernest må vi etter fjerde ledd vur-

dere om oppholdstillatelse bør gis etter en avveining av flere innvandringsregulerende hensyn.

Utgangspunktet for vurderingen av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket er søkerens individuelle situasjon. Videre skal vi vurdere utlendingens egne forutsetninger for å returnere til hjemlandet. Utlendingens nasjonalitet eller geografiske tilknytning er ikke avgjørende. Dette følger av utlendingsforskriften § 8-1.

#### 2.4.2.1 Sterke menneskelige hensyn

Det er mange forhold ved utlendingen eller vedkommendes retursituasjon som kan utgjøre sterke menneskelige hensyn. I henhold § 38 (2) skal det foretas en totalvurdering av utlendingens situasjon. Etter ordlyden kan flere forhold sett i sammenheng utgjøre sterke menneskelige hensyn. Det er med andre ord en sekkebestemmelse som fanger opp mange ulike forhold og det er opp til forvaltningens skjønn om slike forhold er til stedet i den konkrete saken. Det er § 38 (2) c) ‘‘humanitære forhold ved retursituasjonen’’ som er relevant for oppgavens problemstilling og som drøftes i det følgende.<sup>116</sup>

#### 2.4.2.2 Innvandringsregulerende hensyn

Etter § 38 (4) er det fire innvandringsregulerende hensyn som kan vektlegges. Et eksempel er dersom en innvilgelse kan føre til at mange søknader blir fremmet og må innvilges på samme grunnlag, kan det tale mot innvilgelse.<sup>117</sup> Hensynet bak bestemmelsen er behovet for en kontrollert og regulert innvandring. Dersom innvandringsregulerende hensyn foreligger, skal de alltid vurderes opp mot hensynet til individet. Spørsmålet blir hvordan hensynene skal vektes mot hverandre. Det fremgår av forarbeidene at jo tyngre de menneske-

---

<sup>116</sup> § 38 (2) a), b) og d) er ikke behandlet fordi de ikke er relevante for oppgavens problemstilling

<sup>117</sup> Ot.prp.nr.74 (2006-2007) s. 421

ge hensynene er, jo sterkere må de innvandringsregulerende hensynene være for å avslå opphold på humanitært grunnlag.<sup>118</sup>

#### 2.4.3 Kan miljøfordrevne subsumeres under § 38?

Av ordlyden følger at humanitære forhold ved retursituasjonen er et generelt hensyn som åpner for ulike situasjoner ved asylsøkerens retur. I dagligtale er humanitære forhold et vidt begrep. Det omfatter for eksempel konflikt, dårlig styresett, brudd på menneskerettigheter, matmangel og naturkatastrofer. Ordlyden "sterke menneskelige hensyn" gir en indikasjon på at de humanitære forholdene i søkerens hjemland må være alvorlige. Det fremgår av forarbeidene at det ikke er nok at søkeren alt i alt vil få en bedre materiell eller humanitær situasjon i Norge enn i hjemlandet.<sup>119</sup>

Tørken i Somalia i 2011 til 2012 er omtalt som en humanitær katastrofe. Tørken skadet avlinger og dyr. Et stort antall somaliere mistet sitt livsgrunnlag. Nødhjelp fra bistandsorganisasjoner ble eneste utvei for mange. Dette omtales som en humanitær krisesituasjon. Spørsmålet er om naturkatastrofer kan vektlegges i en rettslig vurdering etter § 38 (2) c).

Det fremgår av forarbeidene at miljøfordrevne kan subsumeres under § 38:

"I prinsippet kan det også være aktuelt å innvilge oppholdstillatelse (eventuelt midlertidig) til søkere som kommer fra et område som er rammet av en humanitær katastrofesituasjon, så som etter en naturkatastrofe."<sup>120</sup>

---

<sup>118</sup> l.c

<sup>119</sup> Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s.420

<sup>120</sup> Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s. 157



Midlertidige tillatelser kan for eksempel være aktuelt der søkeren er utsatt for en akutt naturkatastrofe som flom. Når vannet er trukket tilbake, kan det bli mulighet for å gjenoppta livsgrunnlaget. Behovet for opphold i en annen stat er derfor ikke lenger like prekært.

På den annen side kan sakteutviklende og varige naturkatastrofer som tørke begrunne lengre oppholdstillatelser. FN rapporterer at tørken allerede sent i 2010 hadde negativ innvirkning på somaliernes livsgrunnlag.<sup>121</sup> I mai 2013 hadde fremdeles 2,7 millioner mennesker behov for humanitær bistand.<sup>122</sup>

Det fremgår av forarbeidene at for eksempel økonomisk nød og boligmangel ikke alene gir opphold etter § 38.<sup>123</sup> Vi må vurdere hvilke forutsetninger søkeren har for å returnere til katastrofesituasjonen. Familiært eller sosialt nettverk vil være av betydning i denne vurderingen.<sup>124</sup> I Somalia er det tradisjon at medlemmer av samme klan hjelper hverandre. Derksom søkeren under en naturkatastrofe har mulighet til å opprettholde et livsgrunnlag gjennom sin klan, kan det tale for at det ikke foreligger humanitære grunner.

En klagesak fra UNE viser at tørken i Somalia i 2011 til 2012 tillegges vekt i vurderingen etter § 38. Klagesaken<sup>125</sup> gjelder en somalisk mann som fryktet al-Shabaab fordi han er regjeringstilhenger. Saken er avgjort i nemnd, bestående av en nemndleder og to nemndmedlemmer. Klageren fikk oppholdstillatelse etter § 38. Flertallet, nemndleder og et nemndmedlem, mener at klageren ikke hadde grunn til å frykte al-Shabaab og at § 38 skal anvendes. Flertallet viser til den vanskelige humanitære situasjonen på søkerens hjemsted, der tørke i kombinasjon med konflikt taler for opphold på humanitært grunnlag:

---

<sup>121</sup> FN 2013

<sup>122</sup> UN News Center (2013)

<sup>123</sup> Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s.157

<sup>124</sup> l.c

<sup>125</sup> UNE N1215021016 (2012)

“Situasjonen nord i Hiraan-regionen er blant de mer vanskeligstilte i Somalia jf. rapport fra Food Security and Nutrition Analysis Unit (FSNAU) fra august 2012. Dette har sammenheng med tørke hvor store deler av avlinger og dyrebeholdning ble skadelidende. Situasjonen i Hiraan er sikkerhetsmessig ustabil selv om det ikke er noe situasjon i medhold av utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a eller b. Ustabiliteten påvirker imidlertid den humanitære situasjonen.”

Selv om det foreligger en naturkatastrofe har en miljøfordreven ikke et rettskrav på opphold i Norge i medhold av § 38. Forvaltningen kan nekte oppholdstillatelse selv om sterke menneskelige hensyn foreligger fordi innvandringsregulerende hensyn etter § 38 (4) gjør seg gjeldende. Forvaltningen kan for eksempel ta hensyn til i hvilken grad en oppholdstillatelse etter § 38 øker antall nye asylsøkere til Norge. Dersom forvaltningen forventer at mange nye asylsøkere kan komme på bakgrunn av vedtaket som fattes, kan det være grunn til å avslå. Det fremgår av forarbeidene at det er:

“...nødvendig å harmonisere norsk praksis med praksis i andre europeiske land, fordi en egen norsk politikk på dette området sannsynligvis ville overvelde mot-takskapasiteten helt og snart måtte reverseres.”<sup>126</sup>

En miljøfordrevet kan subsumeres under § 38 (1) jf. (2) c). Dersom den miljøfordrevne kommer fra langvarig tørke slik som i Somalia, kan sterke menneskelig hensyn tale for at vedkommende får opphold. Forvaltningen kan likevel nekte vedkommende opphold fordi det vil åpne for stor innvandring til Norge. Den miljøfordrevnes vern mot utsendelse vil alltid avhenge av hvilken vekt forvaltningen legger på innvandringsregulerende hensyn. Innvandringsregulerende kan aldri vektlegges etter § 28 (1) b). En miljøfordrevets vern mot utsendelse er derfor lavere etter § 38 enn etter § 28 (1) b).

---

<sup>126</sup> Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s. 152

### 3 Miljøfordrevnes beskyttelse i et rettssosiologisk og rettspolitisk perspektiv

#### 3.1 Innledning

Oppgavens del to er rettsdogmatisk. Del vil si at jeg har forsøkt å finne innholdet i utlendingsloven §§ 28 og 38 for deretter å anvende reglene på miljøfordrevne. I denne delen skal jeg undersøke om det er forskjeller mellom det jeg har kommet fram til i del to og utlendingsforvaltningens praktisering av §§ 28 og 38 i møte med miljøfordrevne. Dersom det finnes forskjeller blir spørsmålet hva de skyldes, herunder om forskjellene skyldes utenom-rettslige faktorer. Dette er i følge Andenæs et tema for den rettssosiologiske metode.<sup>127</sup>

Rettssosiologi er en studie av retten i samfunnet. I dette studiet ønsker rettssosiologene å finne ut om rettsreglene virker slik rettsdogmatikken forutsetter.<sup>128</sup> Spørsmålet er om det er forskjeller mellom de lege lata og hvordan reglene faktisk praktiseres.<sup>129</sup> Dersom det finnes forskjeller, er neste spørsmål hva som er årsaken til forskjellene. Hensikten kan være å fremskaffe materiale som underlag for en eventuell endring av reglene.<sup>130</sup> På denne måten kan rettssosiologi bidra til å finne ut av hvordan rettssystemet kan ta hensyn til miljøfordrevne som krysser landegrenser.

Det er ikke tilfeldig at det er flyktninger fra Somalia som belyses i oppgaven. For det første viser UDI i sin årsrapport fra 2012 at flesteparten av asylsøkerne til Norge kom fra Somalia.<sup>131</sup> Samtidig har asylsøkere fra Somalia i de siste tolv årene, bortsett fra 2007 og 2008, vært en av de tre største porteføljene til UDI.<sup>132</sup> For det andre er Somalia og resten av Afrikas Horn spesielt utsatt for ekstreme og langvarige tørkeperioder. Ekstrem tørke er en

---

<sup>127</sup> Andenæs (2003) s. 2

<sup>128</sup> Andenæs (2003) s. 8

<sup>129</sup> *ibid*

<sup>130</sup> *ibid*

<sup>131</sup> UDI (2012) s. 5

<sup>132</sup> UDI (2013)

sakteutviklende naturkatastrofe og kan som beskrevet ovenfor være en effekt av klimaendringene. Den humanitære katastrofen i Somalia i 2011 og 2012 er et eksempel. På bakgrunn av dette er muligheten til stede for å finne tilfeller der norsk utlendingslov har tatt hensyn til miljøfordrevne.

### 3.2 Rettssosiologisk metode

Metode betyr veien til målet.<sup>133</sup> Rettssosiologiens oppgave er å undersøke og beskrive retten i samfunnet. Målet kan være å finne forskjeller mellom reglene og virkeligheten, som kan legge grunnlaget for endring av rettsreglene for å løse konkrete problemer som vil følge av samfunnsutviklingen.<sup>134</sup> Derfor er rettssosiologien nyttig for rettsdogmatikken. Motsatt er rettsdogmatikken nyttig for rettssosiologien. Reglene de lege lata må først klarlegges før vi kan undersøke forskjeller til virkeligheten. Rettssosiologien kan bidra til ideer om hvordan miljøfordrevne bør vernes i utledningsretten.

For å undersøke og beskrive retten i samfunnet, er det i rettssosiologisk metode utviklet tre problemstillinger:

1. “I hvilken utstrekning, og i tilfelle hvordan, påvirker samfunnsforholdene for øvrig utviklingen av rettsregler, rettsavgjørelser, og rettslige institusjoner?”
2. “I hvilken utstrekning, og i tilfelle hvordan, virker rettslige regler, avgjørelser og institusjoner inn på andre samfunnsforhold?”
3. “I hvilken utstrekning eksisterer det en vekselvirkning mellom rettslige regler/avgjørelser/institusjoner og samfunnsforholdene for øvrig?”<sup>135</sup>

---

<sup>133</sup> Bokmålsordboka (2013)

<sup>134</sup> Andenæs (2003) s. 2

<sup>135</sup> Mathiesen (2005) s. 28

Disse tre problemstillingen har alle ulike utgangspunkt. Ved den første problemstillingen studerer vi retten med utgangspunkt i samfunnet. Ved den andre problemstillingen tar vi utgangspunkt i retten selv. Ved den tredje problemstillingen skal vekselvirkningen beskrives og vi må veksle mellom å ta utgangspunkt i retten og samfunnet. Det er den første problemstillingen som er særlig relevant for denne oppgaven.

I oppgaven vil jeg se nærmere på samfunnets innvirkning på utlendingsretten, særlig utlendingsloven §§ 28 og 38. Vi tar med andre ord utgangspunkt i dagens samfunnsforhold og undersøker om forholdene påvirker utviklingen av utlendingsretten.

“Samfunnsforholdene for øvrig” kan påvirke utviklingen av både “rettsregler, rettsavgjørelser og rettslige institusjoner”. Undersøkelsene er begrenset til “rettsavgjørelser”. Begrepet omfatter avgjørelser i domstolen og i forvaltningen. Denne oppgaven undersøker forvaltningspraksis i UDI og UNE. Basert på intervju med saksbehandlere i forvaltningen ønsker jeg å finne forskjeller mellom hva jeg har kommet fram til i rettsdogmatikken og hvordan reglene faktisk praktiseres. Rettssosiologien forstår dette som et spørsmål om forskjeller mellom idealer og realiteter.<sup>136</sup>

“Samfunnsforholdene for øvrig” spenner vidt og omfatter mange forskjellige faktorer. Slik jeg oppfatter “samfunnsforholdene for øvrig” er det alle forhold i et samfunn som kan påvirke retten bortsett fra retten selv. Dette er særlig tilfelle i utlendingsretten. De fleste i Norge har en formening om utlendingsretten. Enkeltsaker som belyses i media har potensielle til å skape heftige debatter. Ved stortings- og kommunevalg er det aldri en valgkamp uten at innvandring debatteres. De ulike sidene av flyktning- og asylretten er et godt eksempel. Utlendingsretten berører mange interesser og behov samtidig. Faget “ligger i brytingen mellom jus og politikk, individ og stat, beskyttelse og kontroll, norske og internasjonale regler.”<sup>137</sup>

---

<sup>136</sup> Andenæs (2003) s. 2

<sup>137</sup> Øyen (red.) (2013) s. 23

For å forstå hvilke faktorer i ‘‘samfunnsforholdene for øvrig’’ som påvirker retten har retts-sosiologien utviklet tre perspektiver, henholdsvis normperspektivet, opinionsperspektivet og materialperspektivet.<sup>138</sup>

Normperspektivet betyr at rettsreglene påvirkes av øvrige normer i samfunnet.<sup>139</sup> Interesse-organisasjoner kan bidra til at øvrige normer i samfunnet endres. Norsk Klimanettverk er et eksempel på en organisasjon i Norge som arbeider for å endre folks holdninger til klima og miljø. Internasjonalt har vi Climate Justice Movement. Samtidig har NRC gjort mye for å styrke beskyttelsen av miljøfordrevne både nasjonalt og internasjonalt. Kanskje kan organisasjonene bidra til holdningsendringer. Menneskeskapte klimaendringer skyldes i stor grad handlinger og unnlater i industriland. Samtidig bor menneskene som rammes hardest i utviklingsland. Spørsmålet er om industrilandene derfor bør ta større ansvar for klimaendringene ved å beskytte miljøfordrevne i større grad enn i dag. Kanskje er det en holdning som styrke miljøfordrevnes beskyttelse.

Opinionsperspektivet betyr at samfunnsmedlemmenes bevissthet om samfunnet og verden påvirker retten.<sup>140</sup> For å tilhøre opinionen må det imidlertid være en kollektiv eller felles måte å forstå verden på som karakteriserer hele eller store deler av befolkningen.<sup>141</sup> Et godt eksempel er behovet som oppsto for en generell og internasjonal flyktningkonvensjon i kjølvannet av annen verdenskrig. Krigen medførte millioner av mennesker på flukt. Tidligere praksis med å vedta ad hoc-avtaler om spesifikke flyktningssituasjoner var ikke tilstrekkelig. Over 60 år etter opprettelsen av FK er det et stort antall mennesker på verdensbasis som har behov for beskyttelse under konvensjonen. Opinionsperspektivet kan overføres til miljøfordrevne. Naturkatastrofer og forskning på sammenhengene mellom klima-

---

<sup>138</sup> Mathiesen (2005) s. 103-106

<sup>139</sup> Mathiesen (2005) s. 103

<sup>140</sup> Mathiesen (2005) s. 104

<sup>141</sup> ibid

endringer og naturkatastrofer og deres påvirkning på fordrivelse av mennesker, oppnår økt forståelse. Rapportene fra NRC og Nansen Initiativet bidrar til dette.

Materialperspektivet betyr at utvikling av teknologi og produksjon påvirker retten.<sup>142</sup> Det er vanskelig å peke på gode eksempler for dette perspektivet i utlendingsretten.

De tre perspektivene er med andre ord knagger for å forstå hvilke utenomrettslige faktorer som kan påvirke rettsavgjørelser. Dersom vi finner fram til hvilke faktorer som kan påvirke, blir neste spørsmål hvordan faktorene påvirker rettsavgjørelser. Svaret er forskjellig avhengig av om vi undersøker offentlig rett eller privat rett. Hvilket rettsområde vi undersøker kan også spille inn. Det er for eksempel stor forskjell på utlendingsrett og skatterett. I utlendingsretten står hensynet til individet sterkt, mens i skatteretten er hensynet til samfunnsøkonomi og inntektsutjevning viktige hensyn. I rettssosiologisk litteratur fremheves det at det er stor uenighet om hvilke faktorer som påvirker og med hvilken styrke de påvirker.<sup>143</sup> Samtidig mangler vi mye kunnskap om spørsmålene.<sup>144</sup> I det følgende er det gjort et forsøkt i å peke på noen utenomrettslige faktorer som kan påvirke i forvaltningens møte med miljøfordrevne i utlendingsretten.

### 3.3 Intervju med utlendingsforvaltningen

Formålet med intervjuene er å komme fram til noen rettspolitiske ideer for hvordan miljøfordrevne som flykter over landegrenser kan beskyttes bedre. Her kan vi se til Andenæs og det han skriver om hvordan rettssosiologien kan bidra til utvikling av rettsdogmatikken:

“...vi må forholde oss til at de allikevel i stor utstrekning *har* konsekvenser for praktiseringen av reglene. *Hvis vi vil gjøre noe med dette kan rettssosiologien bidra med*

---

<sup>142</sup> Mathiesen (2005) s. 106

<sup>143</sup> Andenæs (2003) s. 3

<sup>144</sup> l.c

*kunnskap om hva som kan rettes opp for å få bedre samsvar mellom idealer og realiteter. I mange tilfeller vil kanskje omorganisering av forvaltningsapparatet, bedret finansiering osv. være naturlige midler å ty til. I andre tilfeller vil kanskje en endring av reglene slik at de blir bedre tilpasset de faktiske forhold være den realistiske vei å gå. I noen tilfeller vil oppheving av reglene kunne være det eneste riktige.*''<sup>145</sup> (Min utheving).

I oppgavens kapittel 3.6 oppsummeres de utenomrettslige faktorene som kan ha påvirket intervjuobjektene vedtak i møte med asylsøkere fra Somalia etter tørken i 2011 til 2012. Derneft foretas noen rettspolitiske tanker for hvordan miljøfordrevnes beskyttelse generelt kan bedres.

### **3.4 Nærmere om intervjuene**

Jeg har utført tre intervjuer, to med saksbehandlere i UDI, ett med en saksbehandler i UNE. Saksbehandlerne fra UDI er førstekonsulenter i enheten for asylsøknader fra Somalia. Den ene saksbehandleren har vært i enheten i to år, den andre i halvannet år. Det betyr at begge kan ha behandlet asylsaker der tørken i Somalia i 2011-2012 var relevant. Saksbehandleren fra UNE har arbeidet der i fire år, hovedsakelig med klager fra somaliske statsborgere. I dag har denne personen hovedansvar for den somaliske avdelingen. Ansaret innebærer blant annet oppdatering på de faktiske forholdene i Somalia, samt sikring av enhetlig praksis i organet.

Intervjuene har til hensikt å finne eksempler på utenomrettslige faktorer som ligger til grunn for om asylsøknader innvilges eller avslås. Tre intervju danner ikke grunnlag for å si noe generelt om praksisen i forvaltningsorganene, men kan gi en pekepinn. Det kan imidlertid tenkes at svarene fra lederen av den somaliske seksjonen i UNE deles av flere, siden vedkommende i kraft av sin lederrolle kan påvirke saksbehandlerne i avdelingen. Det er

---

<sup>145</sup> Andenæs (2003) s. 13



derfor en kvalitativ studie av forvaltningens praksis som er utgangspunktet for intervjuene, fortolkningen av disse og problematisering av intervjufunnene opp mot oppgavens rettsdogmatiske del.<sup>146</sup> Intervjufunnene er forsøkt fortolket gjennom perspektivene som er beskrevet ovenfor og utenomrettslige faktorer som belyses i eksisterende rettssosiologisk litteratur.

Intervjuene ble gjennomført med en og en saksbehandler. Det er gjort lydbåndopptak av samtlige intervju, samtidig som egne notater er tatt under intervjuene.<sup>147</sup> Intervjufunnene, tolkningen av disse og drøftelsen opp mot oppgavens rettsdogmatiske del er i det følgende behandlet samlet.

Følgende problemstilling danner grunnlag for spørsmålene som intervjuobjektene fikk.

“Er det forskjeller mellom oppgavens konklusjoner om miljøfordrevnes beskyttelse og utlendingsforvaltningens praktisering av §§ 28 og 38 i møte med miljøfordrevne, og i så fall skyldes forskjellene utenomrettslige faktorer?”

### **3.5 Intervjufunnene og drøftelse av disse opp mot rettsdogmatikken**

#### **3.5.1 Saksbehandlerne vurdering av utlendingsloven § 28 (1) a) og b) og dens betydning for miljøfordrevne**

I oppgavens rettsdogmatiske del er det argumentert for at miljøfordrevne kan subsumeres under både § 28 (1) bokstav a) og bokstav b).

På spørsmålet om en person som flykter på grunn av tørke kan subsumeres under § 28 (1) a) slik saksbehandleren tolker og anvender bestemmelsen, svarer saksbehandlerne nei. Oppfølgingsspørsmålet er om søkeren kan subsumeres under bestemmelsen dersom det er

---

<sup>146</sup> Thagaard (2003) s. 11

<sup>147</sup> Transkriberte intervju av de tre saksbehandlerne kan fås på forespørsel

flere grunner til søkerens flukt, for eksempel at det foreligger en konfliktsituasjon samtidig med en naturkatastrofe. Saksbehandlerne ser muligheten, men har aldri foretatt en slik vurdering. Under alle intervjuene, fremgår det at det finnes situasjoner der § 28 (1) b) etter en totalvurdering kan anvendes i en naturkatastrofe.

Alle saksbehandlerne mener at det er problematisk å anvende § 28 (1) a) på miljøfordrevne.

Seksjonslederen for somaliasaker i UNE uttaler at det aldri har vært en aktuell problemstilling i klagesakene fordi det er andre faktorer som er avgjørende i klagesaker etter § 28 (1) a). Videre mener saksbehandleren at det i teorien er § 28 (1) b) som er aktuell, uten at det har vært en realitet i klagesakene på seksjonen.

Saksbehandlerne i UDI mener at det er tilnærmet umulig å plassere miljøfordrevne under § 28 (1) a) på grunn av ordlyden. Det er fordi tørke ikke omfattes av vilkåret "forfølgelse" slik saksbehandlerne vanligvis vurderer det. Saksbehandlerne er på den annen side åpne for at det kan være mange årsaker til at en person flykter. Den ene saksbehandleren sier at fra et somalisk perspektiv kan det være en mulighet å anvende § 28 (1) a) på en miljøfordrevet dersom opprørsbevegelser hindrer tilgang til nødhjelp på grunn av klantilhørighet. Saksbehandleren påpeker videre at det i så fall er en vanskelig vurdering og at de gjerne legger andre årsaker enn tørken og tap av livsgrunnlag til grunn for vedtaket.

I likhet med saksbehandleren i UNE, mener også saksbehandlerne i UDI at det finnes situasjoner der § 28 (1) b) er anvendelig i en tørkesituasjon. Saksbehandlerne begrunner dette i EMK art. 3 og i *Sufi and Elmi v. the United Kingdom* fra EMD. De fremhever at manglende nettverk, risikoen for elendige forhold i IDPs-leire og sårbarhetsmomenter ved søkeren selv, er relevante faktorer. Det fremgår ikke at saksbehandlere har foretatt slike vurderinger selv.

Alle saksbehandlerne ser en mulighet for å plassere en miljøfordrevet under § 28 (1) a) dersom vi legger til grunn at det kan være mange årsaker til flukt. En saksbehandler i UDI

peker på at en miljøfordrevet kan subsumeres under bestemmelsen dersom for eksempel en opprørsbevegelse hindrer nødhjelp til ofre for en naturkatastrofe på grunn av en konvensjonsgrunn. Likevel er dette bare teoretisk. Ingen av saksbehandlerne har faktisk subsumert miljøfordrevne under § 28 (1) a). Det står i motsetning til konklusjonen i oppgavens rettsdogmatiske del.

Det interessante er at samtlige saksbehandlere mener at § 28 (1) b) på bakgrunn av praksis fra EMD, er anvendelig i tørkekatastrofer. Dette er i overensstemmelse med oppgavens rettsdogmatiske del, der konklusjonen er at miljøfordrevne kan subsumeres under § 28 (1) b). Selv om saksbehandlerne mener at å subsumere en naturkatastrofe under § 28 (1) b) er gjeldende rett, fremgår det ikke av intervjuene at saksbehandlerne faktisk har subsumert slik. Spørsmålet er hvorfor saksbehandlerne ikke har foretatt slik subsumsjon til tross for at de mener det er gjeldende rett.

Andenæs<sup>148</sup> fremholder at det finnes to ytterpunkter som forvaltningen forholder seg til regelverket på. Det ene er et individuelt perspektiv, det andre er et systemtilpasningsperspektiv. Han utdyper at en systemtilpasning innebærer:

‘‘at man legger vekt på momenter som er bekvemme for forvaltningen, og som gjør det enklere å treffe en beslutning. I utlendingssaker gjør dette seg utslag i at man gjerne plasserer enkeltpersoner i en gruppe og vurderer situasjonen deres ut fra denne gruppen.’’

Det er mulig at de tre saksbehandlerne ikke har subsumert miljøfordrevne under § 28 (1) a) eller b) fordi utlendingsmyndigheten i vesentlig grad baserer seg på organets praksis og at subsumsjon av miljøfordrevne under § 28 (1) a) og b) ikke forekommer i tidligere praksis. Det er alminnelig juridisk metode at forvaltningen legger vekt på egen praksis. Det er i seg selv ikke en utenomrettslig faktor. Det grunner i hensynet om likhet for loven og at like

---

<sup>148</sup> Morgenblandet den 23. august 2011

tilfeller behandles likt. Utlendingsloven § 28 a) og b) inneholder imidlertid vurderinger som er sterkt knyttet opp mot individets sårbarhet og behov for beskyttelse. I motsetning til § 38 er innvandringsregulerende hensyn irrelevant. Ingen asylsøknad er helt lik, og det kan være vanskelig å hevde at tidligere vedtak er sammenlignbare. Dersom utlendingsforvaltningen likevel legger mer vekt på tidligere praksis, ut i fra synspunktet om at vedkompende sak faller sammen med saker til personer i en større gruppe, er spørsmålet hva grunnen til det kan være. Er valget mellom individperspektivet eller systemtilpasningsperspektivet begrunnet i frykten for at et positivt vedtak vil bety en økning av asylsøknader, så taler det for at vi står overfor en faktor som ikke er blant de alminnelige rettskildefaktorene.

### 3.5.2 Utlendingsloven § 38 – opphold på humanitært grunnlag

Naturkatastrofe går ikke eksplisitt fram av ordlyden i § 38 eller av UDI sitt praksisnotat<sup>149</sup> for Somalia. Blant norske rettskilder er det bare en passus i Ot.prp.nr.75 (2006-2007) som nevner at en naturkatastrofe kan danne grunnlag for en oppholdstillatelse etter utlendingsloven § 38. Derfor er det interessant å undersøke hva saksbehandlerne legger i “humanitære forhold ved retursituasjonen” jf. § 38 og “vanskelige humanitære situasjonen” i praksisnotatet.

De tre saksbehandlerne er samstemte i at en naturkatastrofe, herunder tørke, er et forhold ved retursituasjonen som er relevant i vurderingen av om en asylsøker skal innvilges opphold på humanitært grunnlag. Saksbehandlerne uttaler at en naturkatastrofe er relevant som et humanitært forhold og kan derfor vektlegges under § 38. Dette er i samsvar med min konklusjon i den rettsdogmatiske delen. Der kommer jeg fram til at en naturkatastrofe, for eksempel tørken i Somalia 2011 til 2012 er relevant under § 38 og en miljøfordrevet kan få opphold etter bestemmelsen.

---

<sup>149</sup> Et praksisnotat er bindende retningslinjer for saksbehandlerne i UDI. Notatet brukes i stor utstrekning i saksbehandlingen. Notatet beskriver blant annet hva som skal til for å oppfylle vilkårene for opphold på humanitært grunnlag etter § 38 for søkere fra Somalia

Det ser således ikke ut til å være forskjeller mellom det som fremgår av den rettsdogmatiske delen og forvaltningens praktisering av § 38. Det ser ut til at idealer og realiteter er sammenfallende.

### 3.5.3 Forvaltningens sektorinndeling

På spørsmålet om saksbehandlerne kjenner Nansen Initiativet er svaret unisont nei, dog med tilleggskommentarer fra saksbehandlerne i UDI om at “det burde jeg kanskje” og “det høres spennende ut, så det er jo noe jeg kan finne mer ut av”. Nansen Initiativet er en satsning under Utenriksdepartementet. Nansen Initiativet har et langsiktig mål om å få i stand retningslinjer for personer som er fordrevet over landegrenser som følge av naturkatastrofer og klimaendringer.<sup>150</sup> Kunnskap om norsk satsning internasjonalt kan medføre at saksbehandlerne ser at miljøfordrevne er en gruppe som har behov for beskyttelse. Det kan igjen føre til at saksbehandlerne blir oppmerksomme på denne gruppens behov i asylintervjuer og når vedtak om opphold fattes. Vi ser at det er opinionsperspektivet som gjør seg gjeldende. Det handler om samfunnsmedlemmenes bevissthet om at miljøfordrevne er en gruppe som kan ha et beskyttelsesbehov i andre stater.

Grunnen til at saksbehandlerne ikke kjenner til Nansen Initiativet kan være forvaltningens sektorinndeling:

“Når det gjelder offentligrettslig lovgivning, vil det forvaltningsapparat som betjener lovgivningen være av stor betydning for hvorvidt reglene blir praktisert som forutsatt.”<sup>151</sup>

Organisatorisk er UDI og UNE underlagt Justisdepartementet, samtidig som det er Utenriksdepartementet som leder Nansen Initiativet. At satsningen ikke ligger i utlendingsfor-

---

<sup>150</sup> Nansen Initiative (2013)

<sup>151</sup> Andenæs (2003) s. 12

valtningens overordnede organ, kan være årsaken til at saksbehandlerne i UDI og UNE ikke kjenner til satsningen. En annen forklaring kan være at Utenriksdepartementet har miljøfordrevne som et satsningsområde internasjonalt, mens det nasjonalt ennå ikke anses som like relevant. Derfor involverer Utenriksdepartementet ikke norsk utlendingsmyndighet, UDI og UNE, i satsningen. I Ot.prp. til utlendingsloven hensyntar heller ikke Justisdepartementet UDIs forslag<sup>152</sup> om blant annet å tilføye en ny bokstavbestemmelse i § 38 annet ledd, der det eksplisitt skal fremgå at også en humanitær katastrofe på søkerens hjemsted kan være relevant i vurderingen av sterke menneskelig hensyn:

“I prinsippet kan det også være aktuelt å innvilge oppholdstillatelse (eventuelt midlertidig) til søkere som kommer fra et område som er rammet av en humanitær katastrofesituasjon, så som etter en naturkatastrofe. I praksis har imidlertid ikke dette fremstått som noen sakskategori av særlig omfang. Departementet mener derfor at det heller ikke er grunn til å nevne denne type situasjoner særskilt i loven, slik som UDI har foreslått.”<sup>153</sup>

Uttalelsen i forarbeidene viser at Justisdepartementet ikke vil tydeliggjøre beskyttelsesbehovet til miljøfordrevne i utlendingsloven ved en eksplisitt henvisning til humanitær katastrofe. Samtidig foretas en større satsning internasjonalt gjennom Nansen Initiativet. Spørsmålet er så hva den ulike satsningen nasjonalt og internasjonalt tyder på. En mulig forståelse er innvandringspolitiske hensyn. Kanskje er det mer ønskelig å finne løsninger internasjonalt og å forebygge i andre land, fremfor å styrke beskyttelsen av miljøfordrevne i Norge.

---

<sup>152</sup> Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s. 149

<sup>153</sup> Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s. 157

### 3.5.4 Saksbehandlerne de lege ferenda-betraktninger og samfunnets politiske organisering

Saksbehandlerne fikk også spørsmålet om de har noen tanker om hvordan flukt på grunn av naturkatastrofer ideelt sett bør behandles i utlendingsretten.

En saksbehandler i UDI mener at det bør foretas en mer liberal tolkning av gjeldende bestemmelser. Vedkommende begrunner dette med at det i hovedsak er industriland som er ansvarlig for miljødeleggende utslipp, samtidig som det er mennesker i utviklingsland som rammes hardest. Derfor bør vi åpne for å bedre miljøfordrevnes beskyttelse og gi oppholdstillatelse til personer som flykter fra naturkatastrofer. Samtidig påpeker saksbehandleren at dette er vanskelig å gjennomføre. Vedkommende mener det er fordi årsaken kan være at det ikke er ønskelig å ta imot flere flyktninger som en liberal fortolkning kan medføre.

Den andre saksbehandleren i UDI mener også at bestemmelsene bør praktiseres mer liberalt. Herunder bør saksbehandlerne vektlegge sterke menneskelige hensyn etter § 38 i større grad enn hva de gjør i dag. I tillegg mener saksbehandleren at en miljøfordrevet ideelt sett bør subsumeres under § 28 (1) a) der det foreligger en naturkatastrofe i tillegg til frykt for forfølgelse på grunn av en konvensjonsgrunn.

Saksbehandlerne de lege ferenda-betraktninger ser ut til å samsvare med deres vurderinger av gjeldende rett.<sup>154</sup> Spørsmålet er hvorfor saksbehandlerne de lege ferenda-betraktninger ikke påvirker forvaltningsavgjørelsene. En mulig forklaring er politiske årsaker slik Andenæs påpeker:

“Det er åpenbare sammenhenger mellom et samfunns økonomiske/politiske organisering og dets rettssystem. Det er vel i og for seg ikke noe oppsiktsvekkende at det får konsekvenser for lovgivning og praksis om man har å gjøre med et høyt eller

---

<sup>154</sup> Se kapittel 3.5.1

lavt utviklet land, eller et sosialistisk eller kapitalistisk samfunn. Det vil være ulike hensyn som tillegges vekt alt etter hva slags samfunn det er snakk om. »<sup>155</sup>

Utlendingsretten er et fag som i høy grad balanserer mellom jus og politikk. Kanskje oppfatter saksbehandlerne at politiske signaler stenger for en liberal fortolkning av utlendingsloven §§ 28 og 38.

### 3.6 Oppsummering og rettspolitiske tanker

Intervjufunnene viser at det er forskjeller mellom oppgavens konklusjoner om miljøfordrevnes beskyttelse, og saksbehandlerne praktisering av §§ 28 og 38 i møte med miljøfordrevne. Det ser ut til at den viktigste forskjellen er at saksbehandlerne ikke utnytter potensialet i eksisterende bestemmelser. Dette kan skyldes forvaltningens sektorinndeling og kunnskap. En annen mulig årsak er at systemtilpasningsperspektivet slår igjennom. En tredje mulig årsak er politiske signaler.

For å bedre miljøfordrevnes rettigheter bør tolkningsmulighetene i utlendingslovens bestemmelser utnyttes bedre.<sup>156</sup> En god løsning er å anvende § 28 (1) b) i større grad enn § 38 dersom den miljøfordrevne har et beskyttelsesbehov etter EMK art. 3 sammenholdt med praksis fra EMD. Argumentasjonen i oppgavens rettsdogmatiske del viser at flere rettskildefaktorer taler for en slik konklusjon.

Videre bør utlendingsforvaltningen anvende § 28 (1) a) i et 'multiårsaksperspektiv'. Oppgaven argumenterer for at søkere som har en velbegrunnet frykt for forfølgelse på grunn av rase, politisk oppfatning eller annen konvensjonsgrunn og i tillegg flykter fra en naturkatastrofe kan subsumeres under § 28 (1) a). Denne tolkningen er i tråd med UNHCRs Hånd-

---

<sup>155</sup> Andenæs (2001) s. 12

<sup>156</sup> Kolmannskog (2012) s. 1077 og Kälin and Scherpfer (2012) s. 77



bok som peker på at det er nødvendig å ta alle omstendigheter med i betraktningen for å få en full forståelse av søkerens sak.<sup>157</sup>

Informasjon til utlendingsforvaltningen om Utenriksdepartementets Nansen Initiativ kan bidra til at saksbehandlerne utnytter bestemmelsene bedre. Videre bør Norge ikke bare være initiativtaker til Nansen Initiativet, men også delta aktivt for å finne ut av hvordan Norge kan bedre miljøfordrevnes beskyttelse. Norsk satsning internasjonalt bør ha betydning for praksis nasjonalt.

---

<sup>157</sup> UNHCRs Håndbok punkt 39

## 4 Litteraturliste

### Norsk lov og forskrift

1999

Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30

2008

Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) av 15. mai 2008 nr. 35

2009

Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften) av 15. oktober 2009 nr. 1286

### Traktater

EMK

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen, Roma 4. november 1950

FK

FN-konvensjonen om flyktningers rettsstilling, Genève 28. juli 1951

Tilleggsprotokoll til FN-konvensjonen om flyktningers rettsstilling, 31. januar 1967

Wien-konvensjonen

Wien-konvensjonen om traktatretten, Wien 23. mai 1969

### Anbefalinger og resolusjoner

UNHCR

FNs Høykommissær for flyktninger, Håndbok om prosedyrer og kriterier for å fastsette flyktningers rettsstilling, Genève 1979, norsk oversettelse Oslo 2003

### Forarbeider

NOU 2004:20

Ny utlendingslov

Ot.prp.nr. 75 (2006-2009)

Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)

Innst. O. nr. 42 (2007-2008)

Innstilling fra kommunal- og forvaltningskomiteen om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)

### **Rettsavgjørelser**

*Norsk høyesterett*

Rt. 2002 s. 557

Rt. 2010 s. 585

Rt. 2012 s. 139

Rt. 2012 s. 494

*Den europeiske menneskerettsdomstolen*

Tyrer v. the United Kingdom

The European Court of Human Rights, Strasbourg, 25. april 1978

Soering v. the United Kingdom

The European Court of Human Rights, Strasbourg, 7. juli 1989

D. v. the United Kingdom

The European Court of Human Rights, Strasbourg, 2. mai 1997

N. v. the United Kingdom

The European Court of Human Rights, Strasbourg, 27. mai 2008

M.S.S. v. Belgium and Greece

The European Court of Human Rights, Strasbourg, 21. januar 2011

Sufi and Elmi v. the United Kingdom

The European Court of Human Rights, Strasbourg, 28. juni 2011

*Utenlandske avgjørelser*

Applicant A and Anor v. Minister for Immigration & Ethnic Affairs

High Court of Australia, Canberra, 24. februar 1997

### **Forvaltningsavgjørelser**

UNE Beskyttelse(asyll)/ot-hum

N1215021016, Oslo, september 2012

## Litteratur

### Bøker

Thagaard, Tove. *Systematikk og innlevelse. En innføring i kvalitativ metode*. 3. utgave. Fagbokforlaget. Oslo, 2008

Einarsen, Terje. *Beskyttelse*. og Vevstad, Vigdis og Øyvind Dybvik Øyen. *Alminnelige bestemmelser. Lovens forhold til internasjonale regler. I: Utlendingsloven kommentarutgave*. Vigdis Vevstad (red.). Universitetsforlaget. Oslo, 2010

Mathiesen, Thomas. *Retten i samfunnet. En innføring i rettssosiologi*. 5. utgave. Pax Forlag as, Oslo 2011

McAdam, Jane. *Climate Change, Forced Migration, and International Law*. Oxford University Press. New York, 2012

Øyen, Dybvik Øyvind. *Beskyttelse. I: Lærebok i utlendingsrett*. Øyvind Dybvik Øyen (red.). Universitetsforlaget. Oslo, 2013

### Artikler

Andenæs, Kristian og Thomas Mathiesen. *Introduksjon til rettssosiologien. To artikler*. Oslo, 2003. (Institutt for kriminologi og rettssosiologi, stensilsérie nr. 94)

Kolmannskog, Vikram. *Experiences of Drought and Displacement. Somali Voices from Displacement in Kenya and Egypt*. Norwegian Refugee Council. Oslo, 2010

Kolmannskog, Vikram og Lisetta Trebbi. *Climate change, natural disasters and displacement: a multi-track approach to filling the protection gaps*. I: International Review of Red Cross. Volume 92, nr. 879 (2010), s. 713-730

*Nettdokumenter*

Kälin, Walter og Nina Schrepfer. *Protecting People Crossing Borders in the Context of Climate Change. Normative Gaps and Possible Approaches*. UNHCR, Legal and Protection Policy Research Series. Sveits, 2012

<http://www.refworld.org/pdfid/4f38a9422.pdf> [Sisert 20.11.2013]

Guha-Sapir, Debarati, Philippe Hoyois og Regina Below. *Annual Disaster Statistical Review 2012. The numbers and trends*.

[http://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/ADSR\\_2012.pdf](http://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/ADSR_2012.pdf)  
[Sisert 25.10.2012]

NRC. *Global Estimates 2012. People displaced by disasters*. Mai 2013

[http://www.nrc.no/arch/\\_img/9675115.pdf](http://www.nrc.no/arch/_img/9675115.pdf) [Sisert 13.11.2013]

Intergovernmental Panel on Climate Change, Working Groups I og II: *Managing the risks of extreme events and disasters to advance climate change adaptation*. New York, 2012

[http://ipcc-wg2.gov/SREX/images/uploads/SREX-All\\_FINAL.pdf](http://ipcc-wg2.gov/SREX/images/uploads/SREX-All_FINAL.pdf) [Sisert 23.10.2013]

UNHCR. *Climate change, natural disasters and human displacement: a UNHCR perspective*. 2009 <http://www.unhcr.org/4901e81a4.html> [Sisert 20.11.2013]

UNHCR. *Refugees in the Horn of Africa Somali Displacement Crisis*.

<http://data.unhcr.org/horn-of-africa/country.php?id=197> [Sisert 18.9.2013]

Intergovernmental Panel on Climate Change, Working Groups I. *Climate Change 2013: The Physical Science Basis. Summary for Policymakers*. Contribution to the Fifth Assessment Report.

[http://www.climatechange2013.org/images/uploads/WGI\\_AR5\\_SPM\\_brochure.pdf](http://www.climatechange2013.org/images/uploads/WGI_AR5_SPM_brochure.pdf) [Sisert 20.9.2013]

FCCC Cancún Climate Change Conference. *Cancún Adaptation Framework*. 2012.

<http://unfccc.int/resource/docs/2010/cop16/eng/07a01.pdf> [Siter 7.11.2013]

IRC. International Rescue Committee. *Syria: A Regional Crisis*.

<http://www.rescue.org/sites/default/files/resource-file/IRCReportMidEast20130114.pdf>  
[Siter 1.11.2013]

WFP. *The Cost of Hunger in Africa*.

<http://documents.wfp.org/stellent/groups/public/documents/communications/wfp260243.pdf>  
f [Siter 1.11.2013]

Wahlström, Margareta. *Nansen Conference on Climate Change and Displacement in the 21st Century. Chairperson's Summary*. Oslo,

2011 <http://d2530919.hosted213.servetheworld.no/expose/global/download.asp?id=2274&fk=1629&thumb=> [Siter 7.11.2013]

### **Øvrige dokumenter**

The Guardian. *Al-Shabaab bans aid agencies in Somalia and raids offices*. 28.11.2011

<http://www.theguardian.com/world/2011/nov/28/al-shabaab-bans-aid-agencies-somalia>  
[siter 12.11.2013]

NRK. *Hvem er terrorgruppa al-Shabaab?* 24.9.2013 [http://www.nrk.no/verden/hvem-er-terrorgruppa-al-shaabab\\_-1.11259005](http://www.nrk.no/verden/hvem-er-terrorgruppa-al-shaabab_-1.11259005) [Siter 23.9.2013]

Aftenposten. *Frykter at politisk konflikt kan blusse opp*. 10. november 2013

<http://www.aftenposten.no/nyheter/uriks/--Frykter-at-politisk-konflikt-kan-blusse-opp--7369019.html> [Siter 25.10.2013]

UN News Center a). *Phillippines: UN working around the clock to reach thousands affected by typhoon*. 8.11.2013

<http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=46460&Cr=philippines&Cr1=#.UpH9s8RLOxV> [Sisert 25.10.2013]

Un News Center b). *Somalia famine killed nearly 260, 000 people, half of them children – reports UN*. <http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=44811#.UpIJasRLOxV> [Sisert 18.9.2013]

UNHCR. *Militants Bedevil Famine-Relief Bid; African Troops Attack Somalia's al Shabaab to Help Flow of Aid; 'A Catastrophe Like I Have Never Seen'*. 28.7.2011  
<http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refdaily?pass=463ef21123&id=4e324c275> [Sisert 5.11.2013]

Reuters 2013. *Pacific man seeks climate change asylum in New Zealand*.  
<http://www.reuters.com/article/2013/10/16/us-newzealand-kiribati-climate-idUSBRE99F05A20131016> [Sisert 12.11.2013]

Reuters 2011. *Worst drought in 60 years hitting Horn of Africa: U.N.* 28.6.2011  
<http://www.reuters.com/article/2011/06/28/us-africa-drought-idUSTRE75R2JQ20110628>  
[sisert 18.9.2013]

UDI. *Asylsøknader fordelt på statsborgerskap*. <http://www.udi.no/Oversiktsider/Statistikk-og-analyse/Statistikk-/Asyl/Asylsoknader-fordelt-pa-statsborgerskap/> [Sisert 14.11.2013]

Bokmålsordboka. <http://www.nob-ordbok.uio.no/perl/ordbok.cgi?OPP=&bokmaal=+&ordbok=bokmaal> [Sisert 14.11.2013]

FN 2013. *Somalia*. <http://www.globalis.no/Land/Somalia> [Sisert 18.9.2013]

The Nansen Initiative. *About us*. 2012 <http://www.nanseninitiative.org/> [Sisert 7.11.2013]

Einum, Ida. *Fordrivelse over landegrenser: Kan miljøfordrevne ha et rettskrav på opphold i Norge?* Oslo, 2012 (Masteroppgave/Universitetet i Oslo, juridisk fakultet)

UDI. *Migrasjon 2012. Fakta og analyse.* Oslo, 2013

Morgenbladet. *Er det noe som er galt med UNE?* 25.3.2011